جامعـــــة القاهـــرة
كليـــــــة الحقـــــوق
قســــم القـــانون الجـــنائى

تفسير النصوص الجنائية فى ضوء أحكام القضاء المصرى
رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى القانون

مقدمة من الباحث

مصطفى أحمد سعفان

إشراف

الأســـتاذ الدكـتور/ مأمـــون محــمد ســـلامة
أستاذ القانون الجنائى ـ كليــة الحقــوق
رئيس جامعة القاهرة (الأسبق)

٢٠٠٢

تفسير النصوص الجنائية فى ضوء أحكام القضاء المصرى
رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى القانون

مقدمة من الباحث

مصطفى أحمد سعفان

●لجنة المناقشة والحكم :

الأستاذ الدكتور/ مأمون محمد سلامة " مشرفاً ورئيساً "

أستاذ القانون الجنائى بكليــة الحقـوق - رئيس جامعة القاهرة (الأسبق)

الأستاذ الدكتور/ محمود كبيش " عضواً "

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائى - كليــة الحقـوق - جامعة القاهرة

السيد المستشار / محمد بدر المنياوى " عضواً "

نائب رئيس محكمة النقض والنائب العام (الأسبق)

٢٠٠٢

بسم الله الرحمن الرحيم

وقُل رَبى أدخلنى مُدخل صِدق وأَخرجنى مُخرج صِدق واجعل لى من لدُنك سُلطاناً نَصيراً

صدق الله العظيم

(سورة الإسراء الآية ٨٠)

إهداء

وهداية واهتداء

إلى *روح والدى* العالم الجليل والقاضى الورع والذى أهدى لى الأفكار الرئيسية الجديدة خاصة فيما يتعلق بالشريعة الغراء والتمهيد الجاد والمستنير لتطبيقها فى مصر وكافة بلاد الإسلام . والتى توفرت عليها فيما بعد بالدرس والبحث.

إلى *أمى المباركة* التى علمتنى ، ومازالت ، الإحسان فى العمل وأيدتنى بدعائها الزكى الندى ، وساعدتنى كأستاذة جامعية مخضرمة فى ترجمة المراجع الأجنبية المتعلقة بهذه الدراسة . ثم فى تحرير ترجمة دقيقة لملخص هذا البحث .

إلى *زوجتى الحبيبة* التى ساندتنى بالدعاء والنصح وتحملت معى جهد هذه الرحلة العلمية الشاقة والشيقة ، وشاطرتنى الهم والعناء فى البحث ، وشحذت بصدقها همتى كلما استيأست فى بلوغ مرامى أثناء السير فى دروب هذا المعترك العلمى الصعب ، وأفاضت على من ثقتها ويقينها فى سمو المهمة المباركة التى أردت بهذه الدراسة أن أشرف بالمشاركة فيها .

إليهم جميعاً أهدى هذا العمل المتواضع داعياً ربى أن يجعله لى ولهم من أسباب رضاه وجميل عطاياه سبحانه وتعالى فى الدنيا والآخرة .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه .

والحمد لله أولاً وآخراً

شـــكر واجـــب
وتقـــــدير دائـــــم

أحمد الله تبارك وتعالى حمداً كما يحب ويرضـــى ، وأشــكره كما ينبغى لجلال وجهه وعظيم ســـلطانه ، فهو ســـبحانه ولى كل نعمة ، وبتوفيقه تتم الصالحات ، وأصلى وأسلم على نبيه سيد المرسلين محمد وعلى آله وصحبه والسائرين على سنته إلى يوم الدين .

ثم امتثالاً لتوجيه النبى الكريم عليه أزكى التحية والتسليم كما جاء فى الحديث النبوى الشريف: "من لا يشكر الناس، لا يشكر الله"، أرى من الواجب أن أســـجل جزيل شـــكرى وفائق تقديرى لكل من أولانى معروفاً بتوجيه أو تشجيع خلال إنجازى لهذا العمل ، ولا سيما لأساتذتى : المشرف على الرسالة سـعادة العالم الجليل الأسـتاذ الدكتور/ *مأمون محمد سلامة*. والمناقشـين لها ســـعادة الأســـتاذ الدكتور/ *محمود كبيش* ، وســـعادة المســـتشـــار/ *محمد بدر المنياوى* .

وأخص بمزيد من الشـــكر ســـعادة الأســـتاذ الدكتور/ *عوض محمد عوض*، والأستاذ الدكتور/ *محمد كمال إمام* على ما أمدانى به من مراجع نادرة كان يصعب العثور عليها .

وأشـــكر أخى وصـــديقى الأســـتاذ الدكتور/ *ســـامح الترجمان* الذى اســـتضـــافنى فى الولايات المتحدة الأمريكية أثناء جمعى لجزء هام من المادة العلمية لهذه الدراسة.

كما أشـــكر كل من الأســـتاذ المحامى / *أحمد شـــمس الدين زناتى* ، والأستاذ الداعية / *ياسر أبو المجد* مفتاحَ ، والأستاذ / *محسن شلبى* ، والأستاذ الباحث / *محمد حسنى زغلة* الذين ساعدونى بهمة وإخلاص فى كتابة وتحرير

وإخراج هذه الدراســة فى الشــكل الذى خرجت به فجزاهم الله خيراً وجعل لهم سهماً معنا فى كل خير تثمره هذه الدراسة .

هذا ولا يفوتنى فى الختام أن أشـكر للســادة الزملاء الأفاضـل بالمكتب الفنى لمحكمة النقض وفى مقدمتهم كل من سـعادة المســتشــار الجليل / *محمد عبد الواحد* ، نائب رئيس المحكمة ورئيس المكتب الفنى ، وسعادة المستشار العالم / *زكريا حجازى* ، رئيس المجموعة المدنية بالمكتب الفنى، والأخوة الأفاضل المستشارون *ناصر المحمودى ، وأكرم أبو حساب ومحمد السكرى* .

لأولئك جميعاً ولســائر أهل الفضــل على ، أقدم شـكرى ودعائى لهم بمزيد من فضل الله تعالى وحسن الختام بارك اللهم فيهم وجزاهم عنى خير.

المقدمة

الحديث فى الموضـــوعات المتعلقة بالتفســير حديث يميل بطبيعته إلى الفروع التى تعنى بدراســة الكليات، فهو من موضـــوعات علم الأصـــول فى الشـــريعة الإســـلامية، وهو من بين المباحث المهمة فى النظريات العامة أو الأقسام العامة لكافة فروع القانون، ومنها القانون الجنائى.

ومن المعروف أن المبادئ الكلية لأى علم قوامها الحكمة، وإذا كانت الحكمة بمعناها اللغوى والفلسفى جعلت هناك قاسماً مشتركاً بين كافة العلوم الإنسانية يجد مستقره وموئله غالباً فى الجانب الخاص ببحث الأصول العامة، والكليات التى تحكم هذا العلم أو ذاك من العلوم الإنسانية، فإن العالم المدقق ليجد هذا القاســم الواحد حتى بين العلوم التى أفرزتها حضـــارات مختلفة فى أزمنة مختلفة وأماكن مختلفة، وينبع هذا القاســم مما يمكن أن نسـميه عالمية الحكمة الموهوبة إلى العالم الإنسانى الواحد، كأول دليل للعقل على وحدانية خالقه.

نســوق هذا التحليل لنقرر أن الفقه المقارن، وإن كان يجرى التركيز دائماً فيه على ما بين الأنظمة القانونية من نقاط اختلاف، تمهيداً لإزكاء روح التزاوج بين الأنظمة، ليستفيد كل نظام قانونى من الأنظمة الأخرى بهذا الصـدد، إلا أن الفكرة المقابلة هى التى نود إلقاء الضـــوء عليها، ألا وهى نقاط الاتفاق بين الأنظمة المختلفة. وهى فكرة ذات أبعاد شتى.

فمن ناحية أولى إذا كانت عالمية الحكمة، كما قدمنا، أفضـــت إلى حقيقة مؤداها توحد بعض الأفكار، وخاصـــة فى مجال الكليات بين أنظمة قد تبدو عند النظر فى جزئياتها متباعدة المشارب، بل ومتناقضة أحياناً فى النتائج، ومتباينة الحلول التى ارتضاها للإعمال كل نظام منها، إلا أن الكليات المشتركة بين تلك الأنظمة أو نقاط الاتفاق فى تعبير آخر ما زالت مجالاً بكراً للبحث لم يخض فيه الباحثين إلا عرضـــاً، ودون اكتراث علمى، وليس كما ســيطرت فكرة نقاط الاختلاف على فكر الباحثين فى الفقه المقارن، فاســتخرجوا بها جواهر ولآلئ من ذلك الفقه.

وأما الفكرة المطروحة فيمكن بيانها بالإجابة عن تســاؤل مؤداه: ما الذى يعنى الفقه المقارن من الاهتمام بنقاط الاتفاق بين الأنظمة القانونية المختلفة ؟

ويمكننا الاجتهاد فى تصــور إجابة منطقية عن هذا التســاؤل، بالقول بأن غاية أى بحث مقارن ســواء تناول نقاط الإختلاف أو الاتفاق بين مدارس الفقه المختلفة أن يثمر التزاوج المنشود بين هذه الأنظمة، وغايته الأسمى إصلاح هذه الأنظمة ورقيها .

إلا أنه من الطريف ملاحظة أن ذلك التزاوج لا يتم فى العلوم الإنســانية، ومن بينها القانون، بين مختلفين فى الجنس فحسب مثلما هو فى العلوم الطبيعية، ولكنه يحدث كذلك بين الأنظمة القانونية ذات القواســم المشــتركة. وعلى ذلك يتجدد التســاؤل عن ماهية النفع الذى يعود من بحث نقاط الاتفاق فى العلوم الإنسانية ؟ نقول بحكم المنطق النظرى، ونثبت إن شاء الله من خلال هذا البحث، أن هناك نفعاً من حيث الكم وآخر من حيث الكيف.

فالنفع الكمى: يتمثل فى الذخيرة والرصيد التراكمى الذى قد يسبق به أحد الأنظمة نظاماً آخر يتوافق معه فى بعض كلياته، وما قد يؤدى إليه ذلك من التوافق فى بعض جزئياته، مثال ذلك فى علم التفســير اتحاد نصــين فى قانونى العقوبات الفرنســى والمصــرى فى الحكم، مما يجعل اســتفادة أحد النظامين بالسوابق القضائية المقررة فى النظام الآخر على سبيل الاسترشاد أمراً وارداً .

أما النفع الكيفى: وهو الصــورة الأخرى من صــور النفع الذى يعود من الاهتمام البحثى فى مجال الفقه المقارن بنقاط الاتفاق، الكلية منها والجزئية، بين الأنظمة القانونية المختلفة. فيتمثل فى تحســين الصــورة القانونية للجزئيات المنبثقة عن الكليات المشــتركة بالاســتفادة من الخبرة والعقول العاملة فى الفقه والقضاء عند إنزال الفكرة الكلية إلى الحيز العملى.

أو بعبارة أخرى يتمثل ذلك النفع فى زيادة درجة الوضــوح والدقة فى مجال الرؤية النهائية للأفكار الجزئية الناتجة عن الكليات المتفقة بين الأنظمة القانونية، مثال ذلك فى علم التفسـير الاسـتفادة المعروفة فى الفقه الفرنسـى مما انتهى إليه علماء أصــول الفقه المســلمين من قواعد أصــولية، اطلع عليها الفرنسيون إبان تحريرهم للتقنين المدنى الفرنسى، ومن الأمثلة الشهيرة فى هذا الصدد اقتباسهم من نظرية الشفعة، ونظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى[1].

إن التفسـير هو المجال الخصـب الأول، وإن لم يكن الأوحد، الذى يسـتفيد من نقاط الاتفاق فى الأنظمة المختلفة أكثر من استفادته من نقاط الاختلاف.

وهذا يفسر قلة الدراسات المتعمقة فيه فى الفقه المقارن، الذى انشغل على الدوام بنقاط الخلاف ليحدث الإصلاح المتبادل بين الأنظمة، يقابله اهتمام ضئيل بنقاط الاتفاق التى لها أكبر الأثر فى تعميق الفوائد ، وتذويب الفوارق بين الأنظمة فى العالم الإنسانى الواحد، بل وإليها يرجع الفضل إن زاد الاهتمام بها

---

[1] د/ عبد الرازق السنهورى : **الوسيط فى شرح التقنين المدنى الجديد** ، الجزء الأول ، ، طبعة نادى القضاة ، ص ٥ وما بعدها .

فى زيادة الفائدة التراكمية للخبرات والتجارب والفلسفات فى الجانب الكبير المشترك منه الحكمة العالمية التى تمثل تراثاً مشتركاً للعالم الإنسانى الواحد.

حينئذ سنجد كثيراً من مبادئ وكليات شريعتنا الغراء، بل وجزئياتها تطبق بلا حرج فى أوروبا وأمريكا، لاعتبارها تراثاً مشتركاً وهبه الخالق للناس أجمعين، فلن يحجم فقيه أياً كان مذهبه عن الإذعان لتلك الحكمة البالغة التى تسجد لها العقول، إذا خلصنا عقول الباحثين من رق مذهبية الفكرة أو جنسية النظرية إلى رحابة الحكمة العالمية، بل ولن نجد نحن من قبل الآخرين حرجاً فى أن ننهل من جديد من تراثنا المشرف الذى ورثناه وأهملناه، ولن نوصم حينئذ من سفهائنا، ولن تخلو أمة من السفهاء، لن نوصم بالعودة إلى الوراء والرجعية[١].

إن موضوع التفسير هو المثل الحى المباشر لهذا التحليل الفلسفى للفكرة التى بدأت بها، فقواعد التفسير فى مجملها قواعد كلية، ومعاييره ومناهجه تنتمى إلى جراب العلم المحايد، وحكمة عالمية يمكن لأى نظام أن يستفيد منها، ويطوعها كأداة لخدمة فكره ومعتقده.

إن علم الأصول فى الشريعة الإسلامية فى مجمله، والتفسير بضعة منه تنطبق عليه المقولة السابقة. وهذا ما تنبه إليه فقهاء أوربا وأمريكا، فتسابقوا فى ترجمة كتب هذا العلم وتدريسه بجامعاتهم. ثم ما لبث جيل منهم بعد جيل أن خلع على مبادئ هذا العلم ونظرياته صبغة غربية عساه يخفى عروبة منشأه وإسلامية معدنه. وأخذنا نحن من الغرب هذه العلوم ولم نأخذ من أصولنا ، فكأن بضاعتنا ردت إلينا، ولكن بعد صياغتها وصباغتها الغربية.

وإذا كان هذا الاسترداد المطعم بإضافات الغرب لا بأس به فى علوم الطب والهندسة وغيرها من العلوم الطبيعية التى أخذها الغرب عن العرب عن طيب خاطر وسماحة نفس ورغبة فى نشر العلم، ونسعى الآن إلى استردادها استراقاً حيناً، واستجداءً حيناً أخرى. إذا كان هذا رأينا فى استرداد بضاعتنا فى العلوم الطبيعية، فالأمر يختلف فى مجال الفكر الإنسانى والقانونى منه خاصة. ذلك بأن المصادر الأصلية لدينا موجودة، والأخذ عن الغرب مباح ومنطقى فى الأمور التى لا نجد أصولها عندنا. فقد نستفيد من تجاربهم وخبراتهم وفلسفاتهم

---

[١] بعد أن أتممت هذه الدراسة أطلعت على كتاب شيخنا الجليل محمد الغزالى " **جدد حياتك** " طبعة دار الشروق ، ويعرض الكاتب فيه لفكرة التركيز على نقاط الاتفاق بين النظام الإسلامى والأنظمة الغربية ، ويبرز بعض أفكار الحكماء والفلاسفة الغربيين المشابهة لما قال به علماء الشريعة الغراء فى تفسير بعض آيات القرآن الكريم وكذلك بعض الأحاديث الشريفة .

ونظرياتهم المنبثقة عن تلك التجارب والخبرات الخاصـة، وقد يسـتفاد كذلك مما استجد من نظريات ومبادئ لم يكن للعرب فى عصور نهضتهم علم بها.

أما تلك العلوم النظرية التى بلغت ذروتها فى عهود النهضـــة العربية، وما زال الغرب ينهل منها، فالأجدى أن نســعى حينئذ إلى إظهارها وإدماجها فى أبحاث قانونية معاصـرة تقربها من المشـتغلين بالقانون فقها وقضـاءً للاسـتفادة منها مباشرة، والانتفاع بخيرها، والزيادة عليها بعد ذلك.

وهذا هو شأن علم التفسير وقواعده ومناهجه ونظرياته.

إذاً فـالرجوع إلى تراثنـا أصـــبح حتمياً فى هذا المجـال، ولغتنـا العربيـة والبحث فيها معقود بناصيتها الشرع الحنيف منذ الأمد البعيد. والتفسير لا غنى عنه فى أى نظام قانونى. فهل هى عودة حتمية يفرضها المنطق والضرورة إلى هذا الجزء من الشريعة الغراء؟

نعم إذا أردنا إحداث نهضـــة فى نظامنا القانونى وإصـــلاح كافة جوانبه فعلينا الانتهاض بركائزه وأسسه. ومن أهم تلك الركائز والأسس عملية التفسير، ونهضـتها وإثراؤها كما أوضـحنا رهين بسـبر غور تراثنا العظيم، وأن ننهل من مائه العذب الفرات.

وإذا كانت عملية التفســير هى عملية دائمة حية تبث الروح والحياة فى القواعد القانونية وتنقلها إلى الواقع والوجود، فإن قواعد البيان بالمعنى الواســع للبيان هى التى تبث الروح وتبعث الحياة فى جوانب عملية التفســير. ومن ثم تجعل منه فرعاً راســـخاً من فروع العـــلوم الكلية له فى كل علم من العلوم الإنسانية نظرية عامة تحكمه وأولها القانون.

أولاً : أهمية البحث وطبيعته الخاصة :

إذا كان علم التفسير برمته هو روح العلوم القانونية بأسرها الذى يبث فيها الحياة ويجعلها مفهومة من ناحية وقابلة للإعمال من ناحية أخرى، إذا كانت تلك المكانة لا خلاف عليها بين الباحثين فى شتى فروع القانون، **فإنه مما لا شك فيه كذلك أن التفسـير القضـائى يحتل موقع الصـدارة بين أنواع التفسـير المختلفة لأسباب متعددة :**

فمن ناحية أولى لأنه يعنى قابلية النص للتطبيق الســليم، وهذا جوهر التفسير القضائى.

ومن ناحية ثانية فإن التفسـير القضـائى البوتقة التى تصـب فيها الأنواع الأخرى للتفسير نتاج أبحاثها وجهودها، إذ أن الهدف النهائى من عملية التفسير التى يمارسـها المشـرع أو الفقيه هو أيضـاً قابلية النص للتطبيق السـليم، وهذا جوهر التفسير القضائى.

ومن ناحية ثالثة، فإن التفسير القضائى للقاعدة القانونية هو التفسير الملزم على أرض الواقع. وهو الذى يحيل القاعدة وما يعتريها من تفسـيرات تشـريعية أو فقهية إلى حقيقة مادية واقعية بعد أن كانت فى طور السـكون مجرد حقيقة قانونية.

إن كـافـة جوانـب علم التفسـير لخليقـة أن تكون محطـاً لعقول البـاحثين والمجتهدين، وأن يكون اهتمـامهم بهذا العلم ممـاثلاً للاهتمـام بـالعلوم القانونية الأخرى إن لم يكن أكثر. ليس فقط للأهمية القصـوى لهذا العلم والتى أسـلفنا إيضاحها، ولكن أيضاً لقلة الأبحاث المتخصصة فى جوانبه وموضوعاته خاصة المتعلقة بالقانون الجنائى. وهو ما يعنى وجوب تكريس الجهود العلمية فى هذه الآونة، وتوجيهها صـوب هذا العلم النفيس. لعل ذلك يكون بداية لمرحلة جديدة آن لها أن تبدأ نحو تحديث العلوم القانونية، وإجراء مراجعة شـاملة لها على ضوء القصور المتنامى والسلبيات المتكاثرة التى تعانى منها. وليس مجال بحثنا الخوض فى ذلك، إلا أننا أردنا أن نضيف بعداً آخر لأهمية البحث من خلال هذه الإشارة .

وإذا كانت نظرية التفسير فى القانون، الفقه المقارن والشريعة الإسلامية، قد لاقت اهتمام فئة من الباحثين الجادين أناروا لنا جنباتها ومهدوا الطريق لمن يأتى بعدهم، إلا أن الاهتمام الغالب كان منصـباً على تبيان أسـس ذلك العلم ومذاهبه الفقهية وأصولها التى ترتد إليها من نظريات وفلسفات فى أصل القانون . ذلك من ناحية ومن ناحية أخرى اهتمت تلك البحوث ببيان مدى التقدم والسبق الذى أحرزه فقهاء الشريعة فى إرساء قواعد وضوابط هذا العلم المرتبط ارتباطاً يصـل إلى درجة الاندماج بقواعد اللغة التى يصـاغ بها النص محل التفسـير أياً كانت، وهى عندنا اللغة العربية[1].

---

[1] أستاذنا د/ مأمون محمد سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٥ ، وقد جعلنا هذا البحث القيم منطلقاً علمياً لموضوع هذه الرسالة .

– د/ محمد صبرى السعدى : تفسير النصوص فى القانون الخاص ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، **رسالة دكتوراه** ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٧،ص ١٠٢.

ومع ذلك ظلت كثير من موضوعات علم التفسير بكراً لم تفرد لها الأبحاث المستقلة، وإن بقى لمن سبقنا الفضل فى إلقاء الضوء على تلك الموضوعات، وبيان أهميتها ومضمونها العام من خلال إشارات علمية دقيقة خلال الحديث عن جوانب النظرية العامة للتفسير، من هذه الموضوعات بل على رأسها قاطبة التفسير القضائى، وبصفة خاصة ذلك المتعلق بالقانون الجنائى المصرى.

إن الدراسات السابقة تناولت موضوعات قريبة من بحثنا من زاوية تبيان معناه فى النظرية العامة للتفسير، وبعض هذه الدراسات فتحت الباب لمزيد من التعمق، فضربت الأمثلة من الأحكام القضائية، دون محاولة تحليل هذه الأحكام فى ثنايا البحوث، كأمثلة تدليلية على منهج معين أو مذهب خاص، ولم يتبع فى تناولها المنهج التحليلى لكل حكم على حدة، ولئن كان هذا المنهج متناسباً مع هدف تلك الدراسات، إلا أنه يبين من استقراء كل الأبحاث والدراسات التى سبقتنا فى علم التفسير القانونى خلوها من بحث أو دراسة تعكف على الأحكام القضائية بغرض تحليلها من زاوية علم التفسير، وجمعها، ومحاولة ردها إلى أصول معينة ثابتة لإيجاد ضابط معين يحكمها، أو اتجاهات محددة تجمعها فى سبيل بناء نظرية عامة للتفسير القضائى للنصوص الجنائية[1].

إن الحديث فى الموضوعات المتعلقة بالتفسير بصفة عامة حديث ينتمى بطبيعته إلى الأبحاث التى تعنى بدراسة الكليات. فهو من موضوعات علم الأصول فى الشريعة الإسلامية، وهو من بين المباحث المهمة فى النظريات العامة أو الأقسام العامة لكافة فروع القانون ومنها القانون الجنائى .

إذا كان هذا هو شأن علم التفسير: قواعده ومناهجه ونظرياته، فإن له طابعاً خاصاً جداً يختص به حتى عن بقية الأقسام والفروع العامة والفلسفات العامة التى تعنى بالكليات، وكذلك عن بقية موضوعات علم الأصول فى الشريعة الإسلامية. تلك الخصوصية هى ارتباطه الوثيق، بل إن شئت فقل اندماجه بعلوم اللغة التى يدور فى فلكها ، فاللغة هى إحدى جناحى علم التفسير، إذا قلنا أن المنطق وقواعده هو الجناح الآخر.

---

[1] **من أهم تلك الأبحاث وأجمعها :**

- د/ رفاعى سيد سعد : تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة ، **رسالة دكتوراه** ، جامعة القاهرة ، فرع بنى سويف ، لجنة المطبوعات بكلية الطب البيطرى ، جامعة القاهرة ،١٩٩٠ .
- د/ محمد سليم العوا : **تفسير النصوص الجنائية** ، دراسة مقارنة ، دار عكاظ للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٨١ .

ويتضــح من هذا العرض **أن طبيعة هذا البحث خاصـــة ومتفردة** عن بقية الأبحاث التى تناولت بعضـاً من جوانب علم التفسـير، ذلك بأننا أفردناه لدراسـة جانباً مهما وغير مسـبوق من التفسـير القضـائى، بعد إلقاء الضـوء على جوانبه المتعددة، ألا وهو اهتمامه بدراســة اتجاهات القضــاء المصـــرى الجنائى فى التفسير دراسة استقرائية، ثم تحليلية، ثم نقدية.

إن عملية تتبع الأحكام القضائية المختارة منا للتعبير عن اتجاهات القضاء الجنائى المصرى، ثم محاولة تحليلها طبقاً لمناهج ومذاهب وقواعد علم التفسير. خلوصـــاً إلى صـــياغة تنظير لهذه العملية مما يجعل من الجانب التطبيقى رحى تدور حوله الرسـالة، وليس مجرد أمثلة توضـيحية من أحكام القضـاء، على ما جرى العمل عليه فى الأبحاث الفقهية المتعلقة بجوانب علم التفسير.

وعلى ذلك يأتى الجانب النظرى من الدراسة ليخدم هذا الهدف الذى نتغياه. ومن ثم فقد اعتمدنا أسلوباً جديداً فى عرض الموضوعات التى يتضمنها. ويجمل هذا الأسلوب فى أننا نتناول الموضوع الواحد مجزءاً فى أكثر من مكان من هذه الدراسـة بحسـب حاجة البحث، وليس وفقاً لما هو متبع فى مؤلفات الفقه الجنائى المعاصر. وذلك بما يحقق الهدف المبتغى من الدراسـة. وقد أفادنا هذا الأسلوب فى إلقاء الضوء على زوايا متعددة للموضوعات المهمة لبحثنا. كما حصلنا فائدة أخرى من اجتزاء الموضـــوع الواحد فى أكثر من ناحية من الدراســة، ألا وهو بيان الترابط الحميم والتداخل الشديد بين أفكار ومسائل علم التفسير القانونى .

والجدير بالذكر أن هذا التداخل والتمازج بين مسائل علم التفسير لا نجد له مثيلاً فى بقية العلوم القانونية. وقد أفرز هذا التدخل ظاهرة فريدة فى المؤلفات التى عنيت به لا نكاد نراها فى غيره ألا وهى ظاهرة تعدد وتنوع التقســيمات والمصطلحات المعبرة عن ذات المسألة أو عن الفكرة الواحدة . وهو ما رصدناه مخصصين له مبحثاً تمهيدياً فى مطلع هذه الدراسة.

هذه الطبيعة الخاصة للبحث التى أسلفنا بيان جوانبها تضفى تبويباً خاصاً له. كما تجعلنا ننتقى لهذه الدراســة من بين المســائل الفقهية والنظريات المتعددة المكونة لعلم التفسـير بعضـاً منها فحسـب، انتقاءً يقوم على منطق معين اجتهدنا فى اختياره سيتضح أثناء عرضنا للمنهج المتبع فى الرسالة وخطة البحث.

إذاً فالكشف عن اتجاهات القضاء المصرى فى تفسير النصوص الجنائية هو مبدأ هذا البحث وليس منتهاه. ويظل الهدف هو محاولة إرساء جوانب نظرية عامة تحكم كيفية تناول وتفســير القضـــاء المصـــرى للنصـــوص الجنائية عند الإعمال . أو بصــورة أكثر إجمالاً بناء نظرية عامة للتفســير القضــائى الجنائى المصـرى. ولا غرو فى أن محاولة إقامة صـرح تلك النظرية أو حتى المسـاهمة

فى الكشـف عن الأسـس العامة التى تعبر عن اتجاهات القضــاء المصــرى فى التفسير سيكون له أعمق الأثر وأبلغ الفائدة إن شـاء الله على القضـاء ذاته وعلى الفقه من جانب آخر وكذا على المشرع، ومن قبل هؤلاء جميعاً على المتقاضين وعامة الناس.

أولاً : بالنسبة للقضاء:

فإن تبيان اتجاه المحكمة العليا فى تفسير النصوص الجنائية سيساعد فى تحقيق الوحدة ، والثبات، والاستقرار للنظام القانونى، وهو الهدف، والوظيفة الأساسية للقضاء بصفة عامة، ولمحكمة النقض بصفة خاصة، إذ يسهل ذلك على القضاة الجالسين للحكم فى شتى درجات التقاضى، يسهل عليهم معرفة الطرائق والأساليب التى ترتضيها المحكمة العليا، والمنهج التفسيرى الذى ترجحه للإعمال، وتسير عليه عند تفسير النص الجنائى. ومن ثم تقل احتمالات نقض الأحكام.

ثانياً : بالنسبة للفقه :

إن معرفة رأى المحكمة العليا ومذهبها التفسيرى للنصوص الجنائية، والكشف عن هذا المذهب وتقعيده سيؤدى إلى إثراء الناحية العلمية، ليس فقط برأى من بين الآراء أو بمذهب من بين المذاهب المتعددة فى الفقه، ولكن ما يميزه أنه الأقرب من بين تلك الآراء إلى الواقع العملى بسبب اعتناق المحكمة له، وإعمالها إياه .

وإن محاولة التوصل إلى اتجاهات المحكمة العليا فى تفسير النصوص الجنائية يعد نتيجة استقرائية للبحث فى كيفية قيام المحكمة بتفسير النص، وهو بحث من زاوية أخرى استنباطى يعمد إلى تحليل الأحكام، وبيان كيفية توصلها إلى معنى النص ومدلوله. وهذا الأسلوب البحثى الذى يجمع بين الاستقراء والاستنباط هو الأساس السليم للبحث فى الاتجاهات الفقهية فى قضاء المحكمة العليا. ومحاولة الكشف عن هذه الاتجاهات يربط بين الواقع وبين الآراء الفقهية، ويمثل همزة وصل ذات قيمة بين الفقه والواقع الملموس. فإذا كان قوام عمل الفقه فى البحوث القانونية هو التحليل والنقد والمقارنة ابتغاء الوصول إلى نتائج علمية صحيحة، ورؤيتها منفذة ومطبقة فى الواقع العملى. إذا كان ذلك فإن البحث فى اتجاهات القضاء فى التفسير، بالمعنى السابق يعد لازمة ضرورية ليستطيع الفقه أداء عمله على الوجه الأمثل تجاه هذا القضاء. ومن ثم فإن هذا البحث إذ يمثل هذه الوجهة التحليلية والاستقرائية للأحكام القضائية حق على الفقه أن يؤديه للقضاء. بعدما أمد القضاء الفقهاء بهذا المعين الدافق من الحكام المشيدة بالأسباب

القانونية والمعبرة فى ذات الآن عن الواقع العملى الذى يحكمه والمجتمع الذى يعاصر تطبيق النصوص فيه.

ثالثاً : بالنسبة للمشرع[1]:

ترجع أهمية البحث فى أنه يسلط الضوء على المشاكل العملية التى واجهت المحكمة العليا أثناء تفسيرها للنصوص التشريعية من جراء غموض نص ما، إما بسبب عيب فى الصياغة التشريعية، أو تلك المشاكل التى ترجع إلى تعارض النصوص، أو تلك الحالات التى واجهت فيها المحكمة حالات النقص التشريعى. مما يعد نبراساً للمشرع يعينه مستقبلاً على رؤية الصورة العملية لنصوصه على أرض الواقع. ومن ثم هادياً له عند صياغة التشريعات التى تجد، وكيفية حماية المصالح التى تتغير، ليكون فى تشريعاته، كما يجب أن يكون دائماً مرآة تعكس حاجات المجتمع الحقيقية، وأداة لحل مشكلاته وهذه هى غاية كل مشرع .

---

[1] لم نر حرجاً شرعياً فى استعمال مصطلح "المشرع" تعبيراً عن الهيئة التشريعية التى تضع القوانين والأنظمة وهى فى مصر مجلس الشعب أو الجهة المفوضة للقيام بالتشريع الوضعى أياً ما كانت . وذلك جرياً على ما تواضع عليه فقهاء القانون ومعظم فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء المعاصرين . والحجج المساقة من البعض للاستعاضة عن هذا المصطلح بمصطلحات أخرى ، فضلاً عن عدم دقتها من جهة علوم اللغة والتفسير ، فإنه لا أساس لحظر استعمال مصطلح " المشرع " على الجهة الوضعية من جهة الشرع الحنيف فيما نرى .

يؤيدنى سيادة المستشار / بدر المنياوى .. ولكنه يلمح إلى حساسية استخدامه فى المؤتمرات الإسلامية ، ومن باب سد ذريعة توجيه نقد للمشرع الأعلى سبحانه وتعالى إذا ما نحن نقدنا المشرع الوضعى . فالأولى تركه وإخصاصه بالله سبحانه وتعالى.

رابعاً : بالنسبة لجمهور المتعاملين مع مرفق القضاء :

إن الرأى الذى تعتنقه المحكمة العليا هو الرأى الوحيد الذى يهم المتقاضين أن يلموا به ويعرفوه دون بقية الآراء والمساجلات التى تملأ كتب الفقه، وفى ذلك تبصير للدفاع وللمتقاضين بما يغلب أن تؤول إليه أقضيتهم، وهو ما يحقق نوعاً من الثبات والاستقرار. وينفى ظاهرة المفاجآت فى تلقى الأحكام، وبناءً على ذلك فإن معرفة طريقة المحكمة فى التفسير واتجاهاتها العامة فى تفسير النصوص المتعلقة بنوع معين من الجرائم مثلاً يبصر العاملين فى مجال العدالة، والمتقاضين بما عساه أن تنتهى إليه المحكمة من رأى فى تفسير النصوص المتشابهة والتى لم يسبق عرضها على المحكمة.

إن الأبحاث التى سبقتنا فى دراسة جوانب علم التفسير قد وضعت هدفاً ثابتاً لها، مضمونه محاولة الاهتداء إلى المعيار الأساسى الذى يهتدى به المفسر فقيهاً كان أو قاضياً عند قيامه بتفسير النصوص والذى يلتزم بتطبيقه مهما اختلفت حالة النص غموضاً أو وضوحاً أو حتى إذا ظهر فيما بينها بعض التعارض، ومن ثم محاولة صياغة تعريف لعملية التفسير وبناء نظرية عامة له[1].

هذا هو الهدف الذى استهدفته الدراسات الفقهية وتحدد به نطاق الأبحاث السالفة على دراستنا هذه فى علم التفسير ، ومن هنا نكون قد بدأنا فى توضيح الفرق بين هذه الدراسة وبين ما سبقها من دراسات فى علم التفسير من خلال بيان الهدف من هذه الدراسة.

ثانياً : الهدف من البحث:

إن الغاية المنشودة من هذه الدراسة يمكن صوغها فى نقاط محددة نجملها فيما يلى:

الأولى : بيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين قواعد علم التفسير الشرعى والوضعى فى الفقه المقارن، والأثر العملى فى الحالتين عند التطبيق القضائى على النصوص الجنائية.

الثانية : إزالة الرين عن خصائص التفسير القضائى بصفة عامة، تجلية لبعض من أهم المسائل الخلافية فى الفقه الجنائى الشرعى والوضعى فى مجال بيان النصوص وتفسيرها، وأقصد بها مسألة القياس، ومسألة التفسير

---

[1] تراجع قائمة الرسائل العلمية فى نهاية الدراسة والتى سنشير إلى كل منها مراراً.

الواسـع للنصـوص الجنائية، ومسـألة التعارض المتعلق بتفسـير النصـوص، وما ينجم عنه من اختلاف، والنص المطبق، وهى مسـائل على خطرها وأهميتها اكتفى جمهور الباحثين باسـتعراض الخلاف الدائر حول كل منها، وترجيح أى من الآراء دون عرض مقترحات محددة تقوم على التحليل والتأصـيل، وهو ما حاولنا القيام به وصـولاً لمعايير موضـوعية تقترحها لإنهاء الخلاف الفقهى المتعلق بتلك المسائل.

الثالثة : إماطة اللثام عن المبادئ التى ما انفكت محكمة النقض تتبعها، وتلتزم بها عند تفسيرها للنص القانونى الجنائى، وأساليب استنباطها للحكم من النص عند أعماله على الوقائع خلوصـاً إلى بيان مذهب المحكمة العليا التفسـيرى للنص الجنائى، أو الاتجاهات العامة التى تسـير عليها عند تفسير النص الجنائى ومدى اعتبارها للقواعد الأصـولية الشـرعية فيما سلف من أحكامها، ومدى مخالفتها لها إن كان.

والخلاصـة التى نود تحريرها أن الهدف من البحث الماثل ليس هو محاولة بناء معيار أساسى يهتدى به المفسر أو القاضى عند قيامه بتفسير النصوص، وإنما هو محاولة الكشف عن المعيار الحقيقى الواقعى الذى يسير عليه القاضـى المصـرى بالفعل عند تفسـيره للنصـوص الجنائية، فالنظرية العامة لتفسير القضاء المصرى هى مبتغانا من هذه الدراسة.

بيد أن ذلك لا يعنى أنها دراسـة كاشـفة لأمر موجود ومظهرة له فحسـب، بل إن الجانب الأكبر من هذه الدراسـة سـتسـوده روح المقارنة المفضـية إلى الترجيح وروح التحليل المفضـية إلى التأصـيل، من قبل هذا وذاك يأتى اجتهادنا فى تحديد مجال البحث من بين هذا الكم الهائل من الأحكام القضـائية التى تشـكل ثروة حقيقية تجعل التفسـير القضـائى من أكبر المصـادر. وأكثرها ثراءً وعطاءً لعلم التفسير.

ومن خلال اسـتقراء وتحليل الأحكام القضـائية المنتقاة نحاول أن نخلص إلى مجموعة القواعد والضـوابط التى تلتزمها محكمة النقض عند تفسـير النصـوص القانونية بصـفة عامة والجنائية منها بالذات، على أن يكون التزام المحكمة العليا بتلك القواعد مضـطرداً بحيث يمكن اعتباره اتجاها تفسـيرياً للمحكمة. وقد تتكون من اجتماع هذه الاتجاهات والقواعد ما يمكن أن يسـمى نظرية عامة للتفسير القضـائى المصرى الجنائى، أو خلوصـاً من تلك الدراسة إلى كون هذا القضـاء ليس له اتجاه مضـطرد، أو نظرية عامة تحكم تفسـيره للنص الجنائى .

ثالثاً : تحديد مجال الدراسة ونطاق البحث التطبيقى :

إن دراسة التفسير القضائى المصرى للنصوص الجنائية هى دراسة ذات رافدين رئيسيين: **رافد نظرى** مستمد من كافة جوانب علم التفسير القانونى، وهو بمثابة الأداة التى يستخدمها القائم بعملية التفسير، ويتمثل هذا الرافد فى مجموعة القواعد اللغوية والأصولية العامة فى محيط اللغة التى صيغت بها النصوص، وهى اللغة العربية بالنسبة لموضوع بحثنا، وكذا مجموعة الأفكار والفلسفات العامة التى تكون منهجاً يسير عليه المفسر. القاضى عند إعمال القواعد سالفة الذكر، وما دمنا قد حددنا لهذا الرافد مهمة. وهى أنه أداة للإعمال على ما سوف يحويه الرافد الثانى. فإن ذلك يملى أسلوباً خاصاً فى التناول يختلف عن الأبحاث الفقهية الخالصة.

أما الرافد الثانى فى دراسة التفسير القضائى، فهو **رافد تطبيقى** يتمثل فى تتبع نتائج عملية التفسير، والمتمثلة فى الأحكام القضائية، تتبعها استقراءً وتأصيلاً وتحليلاً وتركيباً خلوصاً من ذلك إلى قواعد منضبطة، أو اتجاهات مضطردة يسير عليها القضاء المصرى.

- **تحديد نطاق البحث فى الرافد النظرى من الدراسة :**

والذى سلف وأن أوضحناه بأنه الرافد النظرى المستمد من كافة جوانب علم التفسير القانونى وهو بمثابة الأداة، ومن ثم فإنه لا يهتم بكثرة المقارنات والإغراق فى التفاصيل الفقهية والنظر فى الاعتراضات والرد على الانتقادات، وغير ذلك مما عنت به أبحاث من سبقنا من الباحثين، كما سبق القول، وقد لا يكون له محل فى بحثنا تحقيقاً للغاية التى نتغياها.

ومن ناحية أخرى فقد يكون التفصيل والتدقيق. بل والاجتهاد فى بعض المسائل الفقهية المتعلقة بالتفسير القضائى ضرورى لهذا البحث رغم أنها لم تلق اهتماماً من الباحثين، بل ومن بينها مسائل لعلها لا تكون قد لفتت الأنظار من قبل فى ما نعلم؛ لأن لكل باحث وجهة هو موليها وهدف يستبق الخطى نحوه.

وهدفنا المتغيا قشيب لم يفرد له من قبل بحث، فمن الطبيعى أن تكون من بين موضوعاته ومسائله ما لم يبحث توصيفاً أو تأصيلاً من قبل، وفى ذلك اعتذار مسبق منا عما يعتور تناول مثل تلك المسائل التى سنحاول إلقاء الضوء عليها والإدلاء بالرأى فيها من نقص أو خطأ. وحسبنا أننا وجهنا نظر الباحثين إليها.

- **تحديد نطاق البحث فى الرافد التطبيقى من الدراسة:**

والخاص بالأحكام القضـــائية التى ســنجعلها مداراً لهذا البحث ، فتحديد المجال النوعى للبحث. ثم الموضــوعى والزمنى من بين هذه الأحكام الكثيرة لا يخلو من تحكم. وهذا هو جوهر الاجتهاد الذى قمنا به. وإن اســتند إلى حجج نراها .

وتلك العملية الانتقائية لمجال البحث من بين كافة الأحكام القضـائية تعتبر أمراً حتمياً تمليه قواعد المنطق والبحث العلمى الســليم لكى نصــل إلى الغاية المرجوة من البحث، فبحثنا إذا كان لابد أن نختار له مجالاً محدداً داخل أحكام القضــاء فلا بد أن يكون هذا الاختيار موضــوعياً وعلمياً، أى قائماً على أسـباب ينتصر لها المنطق والقانون.

أ – تحديد النطاق النوعى للأحكام القضائية محل الدراسة :

وليس عســيراً أن نجد الأســاس المنطقى والقانونى للمجال النوعى الذى حددناه للبحث، ألا وهو **أحكام محكمة النقض الخاصـــة بتطبيق النصــوص الجنائية**.

فمن **الناحية المنطقية** يعد قضاء هذه المحكمة أعلى القمة بالنسبة للهرم الممثل للأحكام القضائية الأخرى فعندها تنتهى بحكم وظيفتها، كما سيتبين من البحث، كافة الاختلافات المتعلقة بالتفسير والتأويل للنصوص القانونية.

ومن **الناحية القانونية** كذلك فإن نظام القانون المصــــرى يقرر قدراً من الإلزام على المحاكم الدنيا بأحكام المحكمة العليا، وإن كان هذا القدر محدوداً من الناحية القانونية، كما ســنبين فى البحث، فإنه واســع النطاق من الناحية الأدبية والواقعية، الأمر الذى يجعل من قضــاء النقض مرآة صــادقة لطرائق وأســاليب القضــاء المصرى فى استنباطه للأحكام من النصوص. إذ أن الأحكام القضـائية الصـــادرة من كافة المحاكم تجعل من مبادئ محكمة النقض وســوابق أحكامها المعين الذى تشيد منه أسبابها القانونية. بل وأحياناً تقيم منطقها فى مسائل الواقع

على هدى من الطرق والمناهج التى تتبعها المحكمة العليا عند تناولها لمسائل الواقع فى أحكامها التى تتصدى فيها للنظر والفصل فى الوقائع[1].

لما كان ذلك فقد أضحى المذهب التفسيرى الذى تعتنقه محكمة النقض عند تناول نص قانونى معين هو بلا ريب مذهب القضاء المصرى فى مجموعه. وإن هى، أى محكمة النقض، رأت أن تغير من فهمها لنص ما إلى فهم آخر متنقلة ومتقلبة فى الحالتين على أوجه معتبرة، وجائزة بين مناهج وقواعد التفسير.

فالقضاء المصرى بمختلف درجاته سرعان ما يتحول إلى الوجهة التفسيرية التى اختارتها المحكمة فى وقت أو ظروف معينة، **ويتجلى ذلك المفهوم فى أحكام الهيئة العامة لمحكمة النقض**. إذ أن حكم الهيئة العامة للدوائر الجنائية أو الهيئتان المدنية والجنائية مجتمعتان، إنما يستلزم من قبله وجود مبدأ للمحكمة العليا غالباً ما يكون قد استقر وسارت عليه المحاكم بكافة درجاتها تبعاً للمحكمة العليا، ثم ترتأى محكمة النقض متمثلة فى إحدى دوائرها العدول عن هذا المبدأ وتقرير مبدأ آخر يحكم الموضوع محل البحث.

وهذا العدول يقتضى توسيع دائرة البحث باشراك كافة الدوائر الجنائية والمدنية فيما يعرف بالهيئتين مجتمعتين فى الأحوال التى يوجب القانون فيها ذلك لتعديل مبدأ مستقر. كما سيبين فى الموضع المناسب من هذه الرسالة.

ويقتضى العدول من الناحية القانونية الفنية إيجاد المخرج العلمى، والأساس المنطقى القانونى الجديد الذى تعتمده المحكمة فى فهم النص، فهماً جديداً مغايراً بفهمها المستقر الذى بطبيعة الحال كان يقوم على حجج. ويؤسس على مبادئ صحيحة فى علم التفسير القانونى.

ويقتضى العدول من ناحية ثالثة الرد على الحجج التى قام عليها المبدأ المراد نسخه وإقامة المبررات، وسوق الحجج للمبدأ الجديد.

إن لحظة عدول المحكمة عن مبدأ تفسيرى إلى مبدأ جديد هى بحق من أمتع اللحظات التى ينتظرها الباحث فى علم التفسير القانونى، كانتظار علماء الطبيعة للحظات الكسوف والخسوف النادرة الحدوث وسط ساعات طويلة من استمرارية ظواهر مألوفة وعادية.

إن مناقشة المحكمة للحجج القديمة، وتشييدها لحججها الجديدة يؤدى حتماً إلى إظهار طريقة وأسلوب المحكمة فى تفسيرها للنص، ويبين المبادئ والمناهج

[1] وقد أصدر المكتب الفنى لمحكمة النقض ، والذى أشرف بالعمل فيه ، كتاباً قيماً جامعاً لأحكام محكمة النقض كمحكمة موضوع وذلك ليكون مثالاً يحتذى به من المحاكم فى طرائق التسبيب المثلى .

التفسـيرية التى تعتنقها المحكمة، وهى بطبيعتها قواعد كلية لا تحكم النص محل حكم الهيئة العامة فحسب، بل تحكم كافة النصـوص القانونية المتماثلة مع النص محل التفسير فى جانب أو أكثر.

وبناءً على ما تقدم فإن أسـباب حكم الهيئة العامة تضـحى مجرد سـبب مظهر لمعتقد المحكمة العليا، ورأيها فى طريقة اسـتنباط الأحكام وتفسـير النصـوص وتأويلها، وهو ما قد تستغنى المحكمة فى أحكامها العادية عن تبيانه والإطناب حوله، لعدم وجود الداعى إلى ذلك.

ومرد هذا الإختلاف، إلى أن المحكمـة العليـا حين تنقض أو تبرم أحكـام غيرها من المحاكم الخاضعة لسلطانها القانونى أو الأدبى، وليس أحكاماً ومبادئ منسوبة إليها هى ذاتها، لا تجد ما يفرض عليها ضرورة تبرير رأيها التفسيرى بصورة تفصيلية نظرا لسطوة سلطانها الأدبى والقانونى على المحاكم الأدنى. وهذا السـلطان مفتقد حين تخاطب المحكمة العليا بلسـان هيئتها العامة دوائرها لتعدل مبدأ مقرراً من إحداها، الأمر الذى يسـتوجب من الهيئة العامة تفصـيل الحجج المسـتمدة غالبا من علم التفسـير لبيان سـبب العدول. فمخاطبة الأقران والأنداد غير مخاطبة المتبوع لتابعه، ولغة الأحكام هذه مما يحتاج إلى أبحاث معمقة يستفيد منها القضاة والمشتغلين بالقانون بصفة عامة، وحسبنا هذه الإشارة اللازمة للدراسة الماثلة[1].

ومن ثم فقد جعلنا من تتبع أحكام الهيئة العامة للمحكمة العليا لدوائرها الجنائية، أو لدوائرها الجنائية والمدنية مجتمعة الأسـاس البحثى، والنطاق النوعى لهذه الدراسـة بجانب الأحكام الصـادرة من الدوائر الجنائية، ثم تأتى أحكام الدوائر الأخرى للمحكمة العليا ذات الصـلة بموضـوعات الدراسـة لتكمل هذا النطاق.

واختصـاصـنا لأحكام الهيئة العامة بالرصد العلمى والتحليل التفسيرى لم يسبق إليه أحد من الباحثين، إلا أننا لم نكتف بأحكام الهيئة العامة، كما أسلفنا بل جعلناها الحد الأدنى، وما لبثنا أن أضـفنا إليها من أحكام المحكمة العليا ومبادئها ما يؤيد المنحى المختار من المحكمة فى التفسير، أو ما يعارضه استكمالاً للفائدة العلمية.

مما يجعل تلك الأحكام مجتمعة بمثابة الأمثلة الكاشـفة عن مدى التزام المحكمة العليا بطرق تفسـير معينة تسير عليها باضـطراد فى تفسـير مجموعة

---

[1] د/ أشرف شمس الدين : **أصول اللغة القضائية** ، مطبعة جامعة حلوان ، ١٩٩٨ . وإن كان لم يتطرق للفكرة التى ذكرناها فى المتن ، إلا أنه يوجه النظر إلى مسائل هامة فى الموضوع .

معينة من النصوص بينها رابط معين، أو الإلتزام بطرق تفسيرية ثابتة بالنسبة لجميع النصوص الجنائية ، ليخلص لنا من جماع هذا التتبع الحثيث ما عساه أن يكون المذهب التفسيرى لمحكمة النقض فى نطاق قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية .

وقد رأينا أن نضرب صفحاً عن ذكر نصوص المواد مدار التفسير اكتفاءً بالأجزاء الواردة من هذه المواد فى طيات الأحكام محل البحث والتحليل ، وذلك لسهولة الرجوع إلى تلك النصوص التشريعية من ناحية، ولكون هذه الدراسة تخاطب فئة متخصصة تستغنى عن ذكر هذه المواد تفصيلاً.

وبلوغاً للمرام الذى نتغياه لم نجد بُداً من ذكر فقرات مطولة من حيثيات الأحكام محل التحليل، إذ فضلاً عن كونها تُغنى عن ذكر نصوص المواد، فإنها تُمكن القارئ من متابعة ما نرصده فى تلك الأحكام من أسلوب تفسيرى أو طريقة ما تتبعها المحكمة العليا فى التفسير للتوصل للمبدأ القانونى الذى تنتهى إليه فى حكمها.

وتحقيقاً للغاية المذكورة فإننا نكرر كثيراً ذكر أحكاماً بعينها فى مواضع شتى من الدراسة مع اختلاف أسلوب عرضنا لها من الوجهة التفسيرية بحسب الزاوية التى نرصدها فى الحكم واختلاف وجه الاستدلال الذى نقصده، وذلك يرجع إلى خصوصية النظرة فى هذه الدراسة إلى الأحكام القضائية. وتلك الخصوصية ترجع إلى أننا لا نذكر الأحكام القضائية على سبيل تبيان مذهب المحكمة فى موضوع قانونى ما. ولكننا نذكر الأحكام لنتعرف على مكنونها وما تحتويه من أفكار أصولية وأساليب تفسيرية تنتهجها المحكمة العليا لتصل بها إلى رأى ما فى المسألة القانونية المطروحة عليها.

ب – تحديد النطاقين الموضوعى والزمنى للأحكام القضائية محل الدراسة:

هذا عن تحديد النطاق النوعى للبحث، وإذا كان هذا النطاق أمراً كان يسيراً علينا تحديده تسانده اعتبارات قانونية، وأخرى منطقية ، بل وواقعية، كما سلف البيان، مما يصعب معه على باحث آخر أن يخالفنا فيه، فإن الأمر لن يخلو من تحكم لا يضير البحث العلمى عند تحديد النطاقين أو المجالين الموضوعى والزمنى للبحث، قد يتفق معنا فيه باحث ويخالفنا آخر، لا تثريب علينا ولا عليه فى ذلك.

وإن كنا نجد للنطاقين اللذين اخترناهما فى الموضـــوع، وفى الزمان لبحثنا بعض الحجج بل لعلها أقرب إلى الدوافع منها إلى الحجج، وهى التى أفضت إلى تحديدنا لهذين المجالين للبحث، وســتتضــح هذه الدوافع أو الحجج عند الحديث عن المنهج الذى اتبعناه فى البحث.

بالنسبة **للمجال الموضوعى** للبحث رأينا أن نتتبع الأحكام القضـائية للهيئة العامة للدوائر الجنائية، وأحكام الدوائر الجنائية لمحكمة النقض فى كافة فروع القانون الجنائى الموضــوعى منه بقســميه العام والخاص، بل والقوانين العقابية الخاصة أيضاً.

وأما عن **تحديد المجال الزمنى** ، فإننا رأينا أن يكون ضـــارباً فى عمر المحكمة العليا، منذ تاريخ بدء تدوين أحكامها، أى منذ إنشـــاء المكتب الفنى لمحكمة النقض، وبدء تدوين مجموعات أحكام محكمة النقض، إلا أن ذلك لن يمنعنا من الرجوع إلى أحكام أقدم إذا لزم الأمر، أو دعت ضـــرورة المقارنة، وقد أعاننا على ذلك النطاق المختار قلة أحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية، والهيئتان بالمحكمة العليا منذ تاريخ إنشائها.

وبالنســبة **لأحكام الدوائر الجنائية**، فقد أعاننا على ذلك النطاق المتســع زمانياً، تحديدنا للمسائل المتعلقة بعلم التفسير، وطرق المحكمة العليا فى استنباط الأحكام من النصـــوص، واســتقراؤنا الأحكام التى أظهرت فيها المحكمة العليا شـــيئاً من هذه القواعد، أو لاح فيها من غير إظهار. وقد ســـهل علينا تتبعها من خلال البرامج الحديثة للحاسوب، والتى أدخلت للمكتب الفنى لمحكمتنا العريقة ، والذى أشرف بالعمل فيه منذ سنوات.

وقد كنت فى بداية جمع المادة العلمية لهذه الدراســة، قد عكفت على أحكام المحكمة الدستورية العليا التى تعرضت لنصوص جنائية أو ذات صلة بنصوص جنائية، لكى تكون ضمن المجال البحثى لهذه الدراسة.

إلا أن رأياً وجيهاً قد واتنى الأخذ به، وهو استبعاد أحكام الدستورية العليا من المجال النوعى للدراسة، وذلك لسببين: **الأول**، أن قضاء المحكمة الدستورية العليا لا يؤثر فى التفسير القضـائى الجنائى الصـادر من المحاكم بكافة درجاتها من جهة كونه تفســيراً قضـــائياً، إذ أن أحكام المحكمة الدســتورية العليا إما أن تؤدى إلى إلغاء نص قانونى، وحصـول تعديل تشـريعى بعد ذلك، وإما أن تؤدى إلى إبقاء النص الذى تتعرض له كما هو معمولاً به دون أن تتعرض لتفســيره بشــكل مجرد بل هى تتعرض لمضــمونه بالنظر إلى النصــوص الدســتورية المدعى بمخالفته لها .

وأما ما تتضـــمنه هذه الأحكام من تقريرات وآراء خارج نطاق الطعن الدستورى[1] فإنها لا تتمتع بصفة الإلزام القانونى أو الأدبى الذى تتمتع به أحكام محكمة النقض، والتى تكاد تلتزم بآرائها ومبادئها كافة المحاكم على اختلاف درجاتها ، وذلك لأسباب كثيرة ليس هذا محل لبحثها.

أما **الســبب الثانى،** فهو أن الاعتبارات التى تؤثر فى قضـــاء المحكمة الدســتورية العليا تنبع من كونها رقيبة على مدى احترام أحكام الدســتور فى التشريعات الصادرة من جهات الاختصاص التشريعى، دون أن تتعرض لوقائع تطبق عليها هذه النصـوص التشـريعية، وهو ما جعل أحكامها بمثابة قوانين من حيث الأثر أكثر من كونها أحكاماً قضـائية، الأمر الذى يجعل قضـاءها لا يعبر عن اتجاهات القضاء الجنائى المصرى فى التفسير[2].

وبناءً على ما تقدم فقد جعلنا تعبير **"المحكمة العليا"** كلما ورد فى جنبات هذه الدراسة وقفاً على **محكمة النقض المصرية.**

---

١ قضـت المحكمة الدسـتورية العليا فى صـدد تحديد المجال الذى تتمتع فيه أسباب الحكم الدسـتورى بذات حجية المنطوق بأن " المقرر أنه إذا حددت المحكمة الدستورية العليا ، بطرق الدلالة المختلفة ، معنى معيناً لمضمون نص تشـريعى ، منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه ، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التى قام عليها هذا الحكم ، لتمد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التى اسـبغها قانون المحكمة الدسـتورية العليا على أحكامها فى المسائل الدستورية باعتبارهما متضامنين وكلا غير منقسم ولا يجوز بعدئذ لأية جهة ، ولو كانت قضـائية ، أن تعطى هذا النص معنى مغايرا لتخوم الدائرة التى يعمل فيها ... على ضـوء قضـاء المحكمة الدستورية العليا . جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ رقم ٣٥ سنة ٩ دستورية .

٢ تأكيداً لما انتهى إليه رأينا فى تحديد المجال النوعى للأحكام القضائية التى جعلناها مداراً لهذه الدراسة للوصول إلى النتيجة المرجوة، وهى معرفة اتجاهات القضــاء الجنائى المصــرى فى التفســير، ومن ثم فقد اســتبعدنا من نطاقها أحكام المحكمة الدســتورية العليا ، فقد قضــت محكمة النقض بجلســة ١٣إبريل ١٩٩٧ فى حكم الهيئة العامة للدوائر الجنائية فى الطعن رقم ١١٨٣٨ ســنة ٦٠ قضــائية أن "اختصــاص المحكمة الدســتورية العليا بتفســير النصـوص التشـريعية، لا يصـادر حق جهات القضـاء الأخرى فى تفسير تلك النصـوص وتطبيقها على الواقعة المعروضـة ما دام لم يصـدر تفسير ملزم من السـلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية طبقاً للأوضـاع المقررة فى قانونها... التفســيرات والتقديرات القانونية التى ترد فى مدونات حكم المحكمة الدســتورية العليا، لا تقيد محكمة النقض أو غيرها من إعمال اختصـاصـها فى تفسـير هذه النصـوص. ما دام لم ينته الحكم إلى دسـتورية أو عدم دستورية النصـوص المطعون عليها ... محكمة النقض ، لا تعلوها محكمة ، ولا تخضع أحكامها لرقابة جهة ما . وظيفتها: توحيد تفسير القوانين وسلامة تطبيقها واستقرار المبادئ القانونية ".

رابعاً : منهج البحث :

كما سلف وأن أوضحنا، فإن البحث ذا طبيعة خاصة أملت منهجاً خاصاً فريداً لا يخلو من اجتهاد، نرجو أن نكون قد وفقنا فيه بفضل الله ، فإذا كانت الأبحاث السابقة الموجودة باللغة العربية، أو الأبحاث المؤلفة فى الفقه المقارن قد اضطردت على تبيان منهج البحث الذى تختاره فى تحديد الطريقة التى تقدم بها الدراسة، بأنها إما أن تكون طريقة استقرائية أو طريقة مقارنة قائمة على التحليل، أو تجمع الدراسة بين المنهجين الاستقرائى والتحليل المقارن، إذا كان هذا هو ما درج عليه الباحثون السابقون فى هذا الموضوع بالذات، فإن الأمر قد يحتاج إلى بعض التوضيح والبيان بالنسبة لبحثنا.

فمن ناحية أولى فإن قواعد البحث العلمى المستقرة، والنابعة من قواعد المنطق تستلزم فى المنهج الذى يتبعه الباحث أن يفضى استقراؤه لجزئيات المادة التى يتناولها بالبحث، وتحليله لها إلى منحى تأصيلى، ويؤدى إلى نتيجة قاعدية تكون هى ثمرة البحث، وأساساً تبدأ منه أبحاث أخرى، وبهذا تستمر حركة البحث العلمى فى تطورها الخالد .

ومن ثم فقد أضحى من غير المناسب أن نسير فى بحثنا هذا مسيرة التعليق على النصوص الجنائية عقابية أو إجرائية، وهو ما عنت به مؤلفات جمة، علقت على النصوص بالأحكام والآراء الفقهية ، وكذلك فإن الاعتبارات العلمية تجعل من المستحيل تناول كافة الأحكام الصادرة بشأن كافة مواد قانون العقوبات وقانون الإجراءات، فضلاً عن القوانين الجنائية الخاصة الأخرى.

فمثل هذا العمل فضلاً عن استحالته العلمية يخرج البحث عن هدفه، ويجعله إذا فرضنا حدوثه شرحاً على متون تلك النصوص، وليس بحثاً علمياً كاشفاً عن حقيقة أو مبتغياً الوصول إلى نتيجة علمية هذا من ناحية ثانية .

وإذا أضفنا إلى هذا، من ناحية ثالثة، ما هو مستقر فى علم المنطق من لزوم تنزيه البحث العلمى عن المقدمات فوق الحاجة لبلوغ النتيجة، أو بعبارة أخرى أن المقدمات الضرورية للوصول إلى النتيجة هى وحدها التى يجب الاهتمام بها والتعويل عليها، وأن التزيد قد يحيد بالبحث عن غايته المبتغاة.

وأخيراً فإنه من المسلم به أن كل بحث قانونى لا بد وأن يبنى على ما سبقه من أبحاث فى ذات الموضوع، بالأخذ منها، أو المقارنة بها، أو النقد لها، وهذا يرتب علينا التزاماً، أولاً ونحن بصدد تحديد مجال البحث الموضوعى أو الزمنى، وثانياً وبصورة أعم عند تحديدنا للمنهج الذى اخترناه لهذه الدراسة، هذا الالتزام هو أن نضع فى الاعتبار ما انتهت إليه الأبحاث الجادة المتخصصة

التى سبقت، كذلكم كل ما تذخر به الدراسات الجنائية من مادة علمية ذات صلة بالموضوع.

وبناءً على ما تقدم فقد رأينا أن نتتبع الأحكام القضائية للهيئة العامة للدائرة الجنائية للمحكمة العليا، وضم بعضاً من المتشابه معها، والمتعارض من أحكام المحكمة العليا، جنباً إلى جنب فى محاولة للوصول إلى الغاية المنشودة من البحث.

وأوجه التشابه أو التعارض بين الأحكام قد ترجع إلى أى جانب من جوانب علم التفسير المبسوط فى كتب الفقه والمؤلفات القانونية عامة، فقد يكون وجه التشابه بين مجموعة من الأحكام هو تغليب المحكمة لقواعد التفسير اللغوى، عند تناول النصوص مقررة لحماية حق معين، أو مجموعة من الحقوق يربطها رابط معين، أو غير ذلك مما سيسفر عنه البحث إن شاء الله.

واسترسالاً فى توضيح المنهج وما يتضمنه من بيان للمجالين الموضوعى والزمنى للبحث، نقول: أن وجه التشابه أو التعارض كما قد يكون فى أسلوب المحكمة التفسيرى، قد يكون فى المذهب المسيطر على المحكمة عند تفسير نصوص جنائية مقررة لحماية نوع معين من الحقوق، سواء كان المذهب الشخصى أو الموضوعى، كما يعرفه الفقه أو لعله مذهب ذو مضمون جديد، هذا ما نرجوا أن تكشف عنه الدراسة.

أوجه التشابه أو التعارض أخيراً قد تكون فى النتيجة العملية للتفسير، أو ما يطلق عليه البعض من الفقهاء الأثر، ونقصد به إما أن يكون التفسير فى نتيجته تفسيراً حرفياً للنص، أو ضيقاً أو موسعاً، أو حتى يندرج تحت أحكام القياس الجلى منه أو الخفى. بهذه الطريقة التى سنتبعها يمكن فى النهاية، إن شاء الله وبعونه، التوصل للقواعد المضطردة التى تسير عليها محكمة النقض، ومن ثم القضاء المصرى عند تناوله للنص الجنائى، ومدى تأثرها بهذا الاتجاه أو تلك المدرسة، أم أن للمحكمة المقررة اتجاهاً فريداً، ومذهباً خاصاً. ويمكن لنا عندئذ المساهمة فى بناء نظرية عامة فى التفسير ننسبها للقضاء المصرى الجنائى من حيث أصولها وجذورها.

إذ من أحكامه سوف نخرجها ونؤصلها، ولكن قد تكون لنا على هذه الأصول ملاحظات يفرزها النقد القائم على التحليل ثم المقارنة، وقدمنا أيضاً من هذه الجذور فروعاً نجتهد فى تخريجها، وترتيب القاعد عليها، وقد يكون للبحث منتهى آخر، فقد لا نجد للمحكمة نظرية عامة ثابتة تحكمها سواء المحكمة الدستورية العليا أو محكمة النقض، وقد يبين أن أياً من المحكمتين تسير فى اتجاه واحد، أو

فى اتجاهات متعارضة، قد تكون متوافقة وقد لا تكون كذلك، هذا ما سيفسر عنه البحث إن شاء الله.

خامساً : خطة البحث

- المقدمة
- الباب التمهيدى : الأحكام العامة لتفسير النصوص الجنائية

الفصل الأول : المبادئ العامة لعلم التفسير الشرعى والقانونى

الفصل الثانى : تطبيق النص القانونى بين التفسير والاجتهاد

الفصل الثالث : **الخصائص العامة للتفسير القانونى**

الفصل الرابع: **الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية (الخصائص المميزة لتفسير النصوص الجنائية)**

-

- الباب الأول : الأحكام الخاصة بالتفسير القضائى

الفصل الأول : **ماهية التفسير القضائى**

الفصل الثانى : **أزمة العدالة الجنائية بين وجوب الفصل فى الأقضية، ومدى صلاحية النصوص الجنائية للإعمال المباشر، وشبهة الأثر الرجعى للتفسير القضائى الخلاق**

الفصل الثالث : **دور محكمة النقض والمحاكم الأخرى فى التفسير**

الفصل الرابع : **القواعد الفقهية ومهمتها**

- الباب الثانى : مناهج التفسير القانونى وتأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى

الفصل الأول : المنهج اللغوى

الفصل الثانى: **المنهج المنطقى (الاهتمام بالمصلحة المحمية)**

الفصل الثالث: **المنهج التاريخى (البحث عن الإرادة التشريعية خارج النص التشريعى)**

الفصل الرابع: **مدارس التفسير، ومذاهبه ومدى تأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى القانونى**

الفصل الخامس: **فكرة التعارض وحلولها بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية**

- الباب الثالث : الضوابط الشرعية والقانونية لعملية الابتداع القضائى عند التفسير ، التفسير القضائى وتكميل النقص فى التشريع الجنائى وتطويره

الفصل الأول: **القاضى الجنائى وتكملة النقص التشريعى**

الفصل الثانى: **طرق سد النقص التشريعى**

الفصل الثالث: **المعيار المقترح للتفرقة بين نوعى القياس، والتفسير الواسع للنصوص الجنائية الشرعية والوضعية**

الفصل الرابع: **تقدير مذهب المحكمة العليا فى التفسير بصفة عامة**

- الخاتمة

الباب التمهيدى

الأحكام العامة لتفسير النصوص الجنائية

يشتمل هذا الباب على :

- الفصل الأول : المبادئ العامة لعلم التفسير الشرعى والقانونى
- الفصل الثانى : تطبيق النص القانونى بين التفسير والاجتهاد
- الفصل الثالث : الخصائص العامة للتفسير القانونى
- الفصل الرابع : الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية
(الخصائص المميزة لتفسير النصوص الجنائية)

الباب التمهيدى

الأحكام العامة لتفسير النصوص الجنائية

نتناول فى هذا الباب الأحكام العامة لتفسير النصوص الشرعية والقانونية بصفة عامة، ونتناول بالدراسة أيضاً ما يتعلق بتفسير النصوص الجنائية على وجه الخصوص. ومن ثم نتحدث فى الفصل الأول عن المبادئ العامة لعلم التفسير الشرعى والقانونى. ونخصص الفصل الثانى لتحليل عملية التفسير وبيان مضمونها فى الشريعة والقانون، ومن خلال ذلك التحليل نحاول تبيان الصلة بين تطبيق النص القانونى وكل من التفسير والاجتهاد، ثم نعرج فى الفصل الثالث على الخصائص العامة للتفسير القانونى بوجه عام، ونجعل الفصل الرابع وقفاً على دراسة الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية، أو الخصائص المميزة لتفسير النصوص الجنائية.

الفصل الأول

المبادئ العامة

لعلم التفسير الشرعى والقانونى

نحاول فى هذا الجزء من الدراسة إلقاء نظرة على مدلولات التفسير اللغوية والشرعية والقانونية فى مبحث أول، ثم نبين فى المبحث الثانى أنواع البيان باعتباره الوعاء الأشمل الذى يندرج فيه التفسير، ونخصص المبحث الثالث لنرى فيه مدى أخذ القضاء الجنائى المصرى متمثلاً فى أحكام محكمة النقض بالمفاهيم الشرعية الأصولية لأنواع البيان ودلالاتها. ونعرج على القواعد الأصولية الشرعية فى الفقه القانونى الغربى، مع تناول نظرية التفسير فى الشريعة الإسلامية كما يراها فقهاء القانون الغربيين فى المبحث الرابع، وختاماً نوضح مدى أخذ محكمة النقض بالمفاهيم الشرعية الأصولية لأنواع البيان ودلالاتها من خلال المبحث الخامس .

وقد قدمنا لهذه المباحث الخمسة بمبحث تمهيدى نوجه فيه النظر إلى ما يعترى دراسة تفسير النصوص القانونية من ظاهرة تعدد التقسيمات وتنوع المصطلحات فى الفقه لذات المواضيع والمسائل محل البحث .

مبحث تمهيدى

دراسة تفسير النص القانونى
بين تعدد التقسيمات والمصطلحات

لما كان النص التشريعى حصيلة فكر واع ونتاج دراسة عميقة تهدف إلى ضبط موازين المجتمع، فإن ألفاظه تختار عادة بتأمل وروية لتعبر بصدق ودقة عن إرادة المشرع، ومن المعلوم أن قصد المشرع لا ينحصر فى المعنى القريب للنص بل يشـمل المعنى البعيد والعميق أيضـاً، فما هى الوسـائل التى يسـلكها المفسـرون لاسـتخلاص معانيه، واسـتنباط الأحكام منه ؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل ببساطة تمتد لتشمل سائر جنبات وموضوعات علم التفسير القانونى.

وقد سبق وأن أشرنا فى المقدمة إلى تميز علم التفسير بخاصية يكاد يتفرد بها بين الفروع المختلفة لعلم القانون، ألا وهى تعدد المصطلحات للمفهوم الواحد وتنوع التقسـيمات المعبرة عن نظر كل فقيه للمسـألة الواحدة من زوايا مختلفة. وهو ما أردنا أن نواليه بشرح يسير يخدم هذه الدراسة ويلفت النظر إلى مسألة هامة لم تحرر من قبل بهذا الشكل فى الأبحاث السابقة فى علم التفسير القانونى.

وبناءً على ذلك نلقى الضـوء على تلك الظاهرة العملية التى يتميز بها علم تفسير النص القانونى من ثلاث زوايا تبين تعدد التقسيمات والمصطلحات داخل هذا العلم، من خلال استعراض تنوع كل منهما على حدة وتنوعهما معاً.

أولاً : تنوع التقسيمات :

إن هناك طرقاً ووسائل متعددة ومتدرجة تستخدم فى فهم التشريع، ويرى فريق من الفقهاء[1] نها ليست ملزمة للقاضـى، وإنما له ملء الحق فى أن يتبع أى وسيلة يراها من وسائل التفسير، فالتفسير ليس عملية حسابية من شأنها أن تؤدى بالمفسر إلى نتيجة معينة إذا سلك طريقاً معيناً بل هو عمل أساسه ذوق المفسر وخبرته وعلمه .

بينما يرى فريق آخر[2] أن القاضى أو المفسر عليه أولاً أن يبحث عن معنى النص باللجوء إلى قواعد ومبادئ المنهج اللغوى، فإن تعذر عليه الوصـول إلى المعنى الكامل للنص، فإنه يتجه صـوب قواعد المنهج المنطقى يسـتعين بها فى أداء مهمته.

---

[1] - د/ عبد الفتاح عبد الباقى : **نظرية القانون** ، مطابع دار الكتاب العربى ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٦٥، ص٣٠٥ .

[2] - د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١١٢ وما بعدها.

- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٧٢ وما بعدها .

وفى ذات الاتجاه يرى جانب من الفقه[1]أن المفســر قاضــياً كان أو فقيهاً عليه البحث عن المعنى باستخدام الوسائل التفسيرية المنتمية إلى النص ذاته قبل اللجوء إلى الوسـائل الخارجة عن النص. وقد يكون الرأى الأخير ويكمله الرأى الأول هما الأقرب للصـواب، ذلك بأنه يبين من تتبع الأحكام القضـائية وطرائق المفســرين الفقهاء أن هناك تداخلاً وتلازماً فى كثير من الأحيان عند اســتخدام قواعد المناهج المختلفة حال تفسير النص.

فقد اختلف الفقهاء[2]فى تقسـيم وتحديد هذه الطرق والوسـائل، فمن الفقهاء من قســمها إلى طرق داخلية وطرق خارجية، وأراد بالطرق الداخلية تلك التى انطوى عليها النص نفســه، فلا يلتمس المفســر هادياً من عنصــر خارجى عن التشريع، ومن أهمها كما قال المرحوم السنهورى الاستنتاج من مفهوم المخالفة، وتقريب النصـوص المتعلقة بموضـوع واحد بعضـها من بعض، وهو ما أسـماه البعض[3]بالعامل التنسيقى بين النصوص. وأما الطرق الخارجية، فهى التى يستند فيها المفســر على عنصــر خارجى عن النص ذاته، ومن ذلك عند الأســتاذ السـنهورى الاسـتناد إلى حكمة التشـريع، والاسـترشـاد بالأعمال التحضـيرية، والاستهداء بالعادات، والرجوع إلى المصادر التاريخية.

بينمـا يرى فريق آخر من الفقـه[4]، أن الحكمـة أو البحث عن المصــلحـة المحمية لا يعد من العناصــر الخارجة عن النص بل هى جزء من النص، ولكن تتعدد سبل إظهارها بين سبل داخلية وأخرى خارجية.

ومن الفقهاء[5]من صـنفها إلى طرق نحوية أو لغوية وطرق منطقية، وقصد بـالطرق النحويـة تطبيق قواعد اللغـة على التشــريع، فهى تعتمـد على التعبير الحرفى للقانون، وأما الطرق المنطقية فهى التى تتلمس قصــد المشــرع من مراعاة قواعد المنطق، وتســتعين فى ذلك بعوامل عقلية وتاريخية واجتماعية

---

[1] - د/ محمد شريف : نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة ، **رسالة دكتوراه** ، مطبعة وزارة الأوقاف العراقية ، المكتبة الوطنية ببغداد ، ١٩٨٢ ، ص٢٣٧ وما بعدها.

[2] - د/ عبد الرزاق السنهورى ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت : **أصول القانون** ، القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص١٦.

- د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٧ .

[3] - د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٧٩ ، وقد أشار سيادته إلى فريق من الفقهاء الإيطاليين يطلق على البحث الشامل لكل النظام القانونى عند تفسير نص معين بالعامل التنسيقى .

[4] - د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩، ص ٨٨.

[5] - د / محمد شريف : **المرجع السابق** ، ص ٣٩، ص ٢٣٧ .

يكون من شـأنها إلقاء الضـوء على مضـمون القاعدة القانونية. ويطلق البعض على هذه الطرق أساليب التفسير اللغوية والمنطقية ، بينما يفضل بعض الفقهاء تسـميتها بقواعد التفسير **Rules of Interpretation**، بينما يسـميها جانب من الفقهاء باتجاهات التفسير أو المبادئ العامة للتفسير **General Principles**[1].

ويلاحظ جانب من الفقه[2]، أن التفسير اللغوى والتفسير المنطقى ليستا عمليتين تستقل إحداهما عن الأخرى ، ولكنهما عملية واحدة لا تقبل التجزئة، ولذلك لا داعى للمقارنة بين المنهجين اللغوى والمنطقى عند أصحاب هذا الرأى على سبيل المفاضلة بينهما، أما المقارنة المفيدة كما يقول العلامة "جنى"، فهى التى تحصل بين التفسير القائم على صيغة النص التشريعى أى الطرق الداخلية، وبين التفسير المستند إلى العناصر الخارجية دون الادعاء بإمكان فصل أحدهما عن الآخر أيضـاً، وذلك يوافق ما قلناه من تلازم وتداخل قواعد المنهجين عند الممارسة العملية للتفسير فى كثير من الحالات، وكما سيبين لنا عند تحليل أحكام محكمة النقض، وبيان طريقة تفسيرها للنصوص.

ومن الفقهاء[3]من يفضل تقسيم هذه الطرق إلى قسمين، **أولهما :** طرق التفسير الأصلية، ويعنى بها الطرق التى يشتمل عليها النص ذاته، وهى لفظ النص، ومفهومه، وحكمته. **وثانيهما :** طرق التفسير المساعدة، وهى على نوعين، **الأول:** الطرق التى يستعان بها لتقويم عبارة النص القانونى بغية فهمها بصورة سليمة، وهى الأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية. أما النوع الثانى: فهو ما يستعان به لمد حكم النص إلى ميادين خارجة عن نطاقه ويقصدون به القياس.

إن لكل وجهة نظر فى التقسيمات السابقة من يؤيدها وما يبررها، ومن الفقهاء[4]من وزعها إلى طرق لتفسير النص السليم، وطرق لتفسير النص المعيب، وطرق لاكتشاف الحكم القانونى فى حالة عدم وجود النص.

ثانياً : تنوع المصطلحات :

---

[1] - د/ عبد الفتاح الصيفى : **القاعدة الجنائية** ، طبعة بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٣٦٤ .

- د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٠ ، والمراجع الأجنبية المشار إليها فيه .

[2] - د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤٤.

[3] - د / محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٣.

[4] - د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٢٧ وما بعدها .

ومما له صلة بتقسيمات الفقهاء المختلفة لطرق التفسير اختلافهم فى المسميات والمصطلحات الخاصة بأنواع التفسيرات وتقسيماتها ، فبينما يذهب جمهور الفقهاء[1] إلى تفضيل مصطلح التفسير اللغوى والتفسير المنطقى، يفضل جانب من الفقه[2] تسمية التفسير بأسلوب تحليل ألفاظ النص، والتفسير بأسلوب تحديد علة النص .

ويسمى بعض الفقهاء التفسير الذى يتحد فيه النطاق اللغوى مع النطاق المنطقى للنص بالتفسير الكاشف، بينما يطلق بعض الفقهاء هذه التسمية على كافة صور التفسير، وأقصد بها التفسير المضيق، والتفسير الموسع كذلك باعتبار أن دور التفسير بوجه عام هو الكشف عن إرادة النص، ويرى آخرون استعمال مصطلح التفسير المقرر للتعبير عن التفسير الصحيح أياً كان الأسلوب التفسيرى المتبع[3].

---

١ - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ .

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٦٩

٢ - د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٣٥ .

٣ - **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٣٥٤ والمراجع التى يشير إليها .

ثالثاً : تنوع التقسيمات والمصطلحات معاً :

فى بعض الأحيان يصبح المصطلح القانونى وثيق الصلة بالتقسيمات الفقهية، وهو فى ذات الوقت المعبر العلمى عنها. فإذا اختلف الفقهاء فى مضمون هذه المصطلحات، فإن هذا الأمر يحدث اضطراباً لدى القارئ لأول وهلة فى علم التفسير القانونى .

من ذلك ما يتعلق بالتقسيمات الفقهية عند دراسة التفسير، فيرى معظم الفقه[1] دمج المنهج التاريخى ضمن المنهج المنطقى، بينما يرى البعض[2] الفصل بين المنهجين فى الدراسة، وهو ما أخذنا به لتميز كلاً من المنهجين واستقلاله بقواعد خاصة. وفى ذات المنحى يدمج جانب من الفقه[3] دراسة المذهبين الشخصى والموضوعى للتفسير فى بحث المناهج والمدارس المختلفة للتفسير، باعتبار أن النظرة الشخصية أو الموضوعية هى التى ينجم عنها وجود تلك المناهج والمدارس .

ويفضل بعض الفقهاء[4] الأخذ بالمعنى المقابل للفكرة السابقة، فيكتفون بالحديث عن مدرستين للتفسير هما المدرسة الشخصية والمدرسة الموضوعية، مدرجين فى إطارهما بحث ما درج جمهور الفقه على دراسته تحت مسمى مدرسة الالتزام بالنص أو الشرح على المتون، والمدرسة التاريخية أو الاجتماعية، والمدرسة العلمية أو البحث الحر.

وتبعاً لذات الاتجاه فإن بعض الفقه[5] يطلق على مدرسة الشرح على المتون والمدرسة العلمية المذهب الشخصى، باعتبار أنهما يبحثان عن قصد الشارع، وإن اختلف الوقت الذى تبحث فيه كل منهما عن هذا القصد. ومما يذكر فى هذا الصدد، ذهاب كثير من الفقهاء[6] إلى تقسيم التفسير من حيث أنواعه إلى: تفسير تشريعى، وفقهى، وقضائى، وإدارى، ويفضل بعض الفقهاء[7] الحديث عن هذه

---

[1] - رمسيس بهنام : **النظرية العامة للقانون الجنائى** ، الطبعة الثالثة ، الإسكندرية ، ١٩٧١ ، ص٢٤١ .

- د/ عبد الفتاح الصيفى : **القاعدة الجنائية** ، المرجع السابق ، ص٣٧٣ .

[2] - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٣٦٤ .

[3] - د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ .

[4] - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٧٣ .

[5] - د/ محمد شريف : **المرجع السابق** ، ص ١٧٠ .

[6] - د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٧٩ .

[7] - د/ محمد سليم العو ا : **المرجع السابق** ، ص ٣٥ .

الأنواع تحت مسمى مصادر التفسير، باعتبار أن تلك الأنواع الأربعة تشير إلى الجهة أو الفريق الذى يصدر عنه هذا التفسير.

هذا وكلما استعرضنا أحد الموضوعات فى هذا العلم نجد تباين الآراء بشأن الموضع المناسب الذى تبحث فيه بعض المسائل ، مثال ذلك ما يراه جمهور الفقه من بحث موضوع القياس ضمن المنهج المنطقى للتفسير، بينما يرى فريق آخر بحث القياس ضمن الوسائل المكملة للنقص التشريعى كما سبق القول[1].

وفى ذات الاتجاه وفى إطار القواعد المكونة للمناهج ذاتها، يرى جانب كبير من الفقه[2] بحث قاعدة الاستثناء الضمنى ضمن قواعد المنهج اللغوى للتفسير، بينما يرى فريق آخر من الفقهاء[3] اندراجها ضمن قواعد المنهج المنطقى، ويرجع ذلك الخلاف كما سلف القول إلى تباين وجهات النظر والرؤى حول مكونات هذه القاعدة، والتى سنواليها بحثاً فى الموضع المناسب من هذه الرسالة.

- **الخلاصة :**

وغايتنا من هذا التوضيح الجامع للمصطلحات المستخدمة فى كتب الفقه فى علم التفسير أن نيسر على القارئ لهذا البحث عقد المقارنات بين الآراء بسهولة، دون أن تخرجه كثرة المصطلحات واختلافها وتشابهها أحيانا عن

---

[1] ممن يرى بحث موضوع القياس مرتبطاً بالمنهج المنطقى للتفسير د/ محمد سليم العوا و د/ رفاعى سيد سعد ، وممن يرى بحث موضوع القياس ضمن وسائل تكملة النقص التشريعى د/ محمد شريف ، ود/ محمد صبرى السعدى .

[2] - Bassiuni, M.C.," **Substantive Criminal Law**" , Thomas, Illinois, ١٩٧٨, P.٦٣
- La Fave W. and Scott, A., "**Criminal Law** ", West, Minnesota, ١٩٧٥, P.٧١

[3] - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٩٦ .

جوهر البحث، ومن الناحية العلمية، فإن ذكر هذا التعدد المصطلحى المتابين يبرز أحياناً اختلافات فى الجوهر والمضمون يزيد من تعميق الأفكار ويفتح الباب أمام تعدد الآراء .

وبناءً على ما تقدم فإننا لم نتردد فى ذكر المصطلحات المتعددة للمعنى الواحد جنباً إلى جنب، ولم نجد حرجاً فى تعداد التقسيمات المختلفة والأوصاف المتعددة للموضوع الواحد ، والتى تظهر فى شكل عناوين متعددة للفصل أو المبحث الواحد تحصيلاً منا للفائدة التى أشرنا إليها من قبل، ألا وهى النظر المتراكب من زوايا مختلفة للفكرة الواحدة مما يخرج مسائل هذه الدراسة فى شكل قد يكون أحياناً غير مألوف إلا أنه لا يخلو فى رأيى من فائدة وتجديد.

وقد كنت أظن عند بدايات هذا البحث أن هذا التعدد والتباين المصطلحى هو نوع من الثغرات فى علم التفسير القانونى، وادخرت فى ذهنى مقترحاً أضعه فى موضع مناسب من هذا البحث بدعوة الباحثين إلى توحيد المصطلحات المستخدمة فى علم التفسير، غير أن السير فى دروب هذا العلم أكسبتنى معرفة بفضل هذا التعدد المصطلحى والتباين فى التقسيمات والأنواع فى فهم أسباب اختلاف الفقهاء وآثار هذه الاختلافات.

المبحث الأول

تعريف التفسـير ومدلـوله

إن البحث فى المبادئ العامة لعلم التفسير القانونى هو محاولة إلقاء الضوء على أسـاسـيات علم التفسـير القانونى، ففى هذا المبحث نتناول تعريف التفسـير ومدلوله من خلال عدة مطالب، الأول نتحدث فيه عن مدلول التفســير فى اللغة. أما مدلول التفسير كما يراه فقهاء القانون الوضعى فنوضحه فى المطلب الثانى، وفيه نتناول، أولاً: معنى التفسـير لدى فقهاء القانون الوضـعى بصـفة عامة، من خلال بيان الاتجاه الذى يقصـر التفسـير على القاعدة التشـريعية، والاتجاه الذى يجعل التفسـير يشـمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع وثانياً: معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائى وذلك بتوضيح اتجاهين، الاتجاه الأول: وفيه يتحدد مدلول التفسير بصفة عامة، أما الاتجاه الثانى: وفيه يتحدد مدلول تفسير القاعدة الجنائية بصــفة خاصــة. والمطلب الثالث وهو المطلب الأخير فى هذا المبحث ونعرض فيه لمدلول التفسير فى الفقه الإسلامى.

المطلب الأول

مدلول التفسير فى اللغة

يقصـد **بالمدلول اللغوى**: ذلك المعنى الذى تسـوقه المعاجم اللغوية العديدة لكلمة التفسـير، ومن اسـتقراء بعض المعاجم يبدو أنها تقصـد بالتفسـير البيان أو الإبانة والتوضيح، وكشف المغطى بالعمل دون الإحساس بماهيته، كما جاء فى مختار الصحاح: البيان وبابه ضرب والتفسير مثله، واستفسره كذا: أى سأله أن يفسره، وفى المصباح المنير: فسر وفسرت الشئ فسراً من باب ضرب، بينته وأوضحته، وفى الرائد: فسر يفسر، ويفسر فسراً، فسر الشئ: أوضحه، وفسر المغطى: كشف عنه، فسر: تفسر الشئ: أوضحه، كفسر المعلم الدرس[١].

[١] – **راجع بالتفصيل ما جاء فى :**

– الشـيخ/محمد بن أبى بكر الرازى: ***مختار الصـحاح***، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية ، ١٣٥٥هـ، ص٥٠٣.

المطلب الثانى

مدلول التفسير كما يراه فقهاء القانون الوضعى

التعرض لمدلول التفسير لدى الفقه الوضعى يستلزم بيان معناه وفقاً لأراء فقهاء القانون بصفة عامة، ذلك أن التفسير لا يقتصر على فرع معين من فروع القانون، بل هو الزاد اليومى لكل المشتغلين بالعلوم القانونية على اختلافها وتنوعها، كما أن موضوع البحث يتطلب بيان معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائى بصفة خاصة.

أولاً : معنى التفسير لدى فقهاء القانون الوضعى بصفة عامة :

من استعراض آراء فقهاء القانون بصدد تعريف التفسير، يتضح أنه عملية ضرورية تسبق تطبيق القانون على الوقائع العملية، بيد أن الملاحظ أن بعضهم يقصر التفسير على التشريع، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن التفسير يرد على القاعدة القانونية بمعناها الواسع[1].

أ- الاتجاه الذى يقصر التفسير على القاعدة التشريعية :

يذهب جانب من الفقه[2] إلى أن تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة هذا فى حين يرى البعض[3] أن تفسير التشريع هو

- أحمد بن محمد الفيومى : **المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى** ، الجزء الثانى ، الطبعة الخامسة، ١٩٢٢ ، ص٦٤٧ .

- الشيخ / نصر الهورينى : **شرح ديباجة القاموس** ، ص ١١٠.

- المعجم الوجيز : **مجمع اللغة العربية المصرى** ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٠ ، ص٤٧١.

- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣١ .

[1] من المعلوم أن القاعدة القانونية بمعناها الواسع تشمل القاعدة التشريعية ، أى الصادرة عن الشارع كما تشمل القاعدة غير التشريعية كالعرف والعادة .... الخ .

[2] - د/ عبد الرازق السنهورى ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت : **أصول القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٢٠٠ .

- د/ عبد الناصر العطار : **نظرية القانون** ، ٢٠٠٠، ص٩١ .

- الأستاذ / عبده حسن الزيات : **المدخل لدراسة القانون** ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، ١٩٣٧ ، ص٨٤ .

- De Chassat M.A.Mailher, "**De l'Interpretation Des Lois**", Paris ١٨٢٥, NOII. P.٣.

[3] - CapitauT, "**Introduction a l'Etude du Droit Civile**", ١٩٢١, no. ٦٤. P. ١٠٢.

تحديد المعنى الحقيقى لمضمون القاعدة التى وضعها الشارع. وفى داخل هذا الاتجاه أيضاً نجد جانباً من الفقه يجعل كلمة القانون مرادفة للتشريع عند بيان معنى التفسير. أى أنه يقصر لفظ القانون على القاعدة التشريعية[١].

على أن البعض مع سيره فى الاتجاه المذكور إلا أنه يجعل للتفسير وظيفة تتمثل فى المواءمة بين الصيغة الثابتة فى شكل قاعدة مكتوبة وبين المتطلبات المتغيرة للحياة. فالمفسر طبقاً لهذا الرأى يلائم بين القانون والواقع بحيث يكون القانون فى خدمة المجتمع البشرى، وهذا هو الهدف من وضع القانون[٢].

- "**Interpretation une Loi Consiste a determiner le Veritable Sens du Contenu de la Regle Edictee par le Legislateur**"

[١] من هذا الرأى : د/ محمد كامل مرسى ، والأستاذ / سيد مصطفى : أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصرى وبعض القوانين الأخرى ، ١٩٢٣ ، ص٢٦٩ . حيث جاء به أن تفسير القانون هو تحديد نطاق تطبيقه ، وبحث معانى الألفاظ التى استعملها الشارع ، والتوصل إلى قصد واضع القانون ، ولكن ذلك لا يحتمل تغيير القانون أو التبديل فيه .

[٢] - Gaston May , "**Introduction a la Science du Droit**", Paris, ١٩٢٥, p.١٢١

ومن هذا الرأى : د/ سليمان مرقص : **المدخل للعلوم القانونية** ، الطبعة الثالثة ، دار النشر الجامعات المصرية ، ١٩٥٧ ، ص١٩٧، حيث يرى أن التفسير هو الاستدلال على الحكم القانونى ، وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التى عبر بها المشرع عن ذلك .

– د/ جميل الشرقاوى : **دروس فى أصول القانون** ، الكتاب الأول ، **نظرية القانون** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص٢٠٤ .

– د/ عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٣٣١ .

ويذهب إلى أن تفسير القانون هو البحث عن إرادة الشارع بمساعدة العبارات التى يستخدمها .

- P.scholten, "**L'Interpretation de la Loi et la Justice Annales de L'Institut de Droit**", Compare de L'Univeresite de Paris, II ١٩٣٦, p. ٢

– ويرى جانب من الفقه فى ظل هذا الاتجاه أن التفسير هو نتيجة نشاط عقلى عن طريقه يستطيع الفرد الوصول إلى معنى قانونى لنص رسمى.

- Voir Haba, "**Eenrique Pedro Langage Juridique et Interpretation Litterale**", these Paris, ١٩٧٧.

ب ـ الاتجاه الذى يجعل التفسير يشمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع :

يرى أنصــار هذا الاتجاه أن التفسـير هو الاسـتدلال على ما تتضـمنه تلك القواعد القانونية من حكم، ومن ثم فتحديد المعنى الذى تتضــمنه تلك القواعد ضرورى حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية[1].

وفى إطار هذا الاتجاه يذهب جانب من الفقه إلى أن تفسير القاعدة القانونية ينصــرف إلى أمرين: إزالـة الغموض والخلاف فى حكم القواعد القـانونيـة المستفادة من مصـادرها الرسمية والاجتهاد فى سد الفراغ فى القواعد القانونية لمواجهة ما تكشف عنه من فروض ووقائع[2].

ثانياً : معنى التفسير لدى فقهاء القانون الجنائى :

إن فقهـاء القـانون الجنـائى يتجهون فى تعريفهم للتفســير إلى اتجـاهين، إحداهما يتناول تعريف التفسـير بالصـورة السـابقة، والمتعلق بالقاعدة القانونية بصفة عامة والاتجاه الثانى يقصر تعريف التفسير على القاعدة الجنائية.

- **الاتجاه الأول : تحديد مدلول التفسير بصفة عامة :**

وأصــحاب هذا الاتجاه يرددون ما ســبق بشــأن معنى القاعدة القانونية، وينتهون إلى تعريف التفسير بأنه هو تحديد المعنى الذى قصده الشارع من ألفاظ النص لجعله صالح للتطبيق على وقائع الحياة، أى أنه يتناول التفسير فى القاعدة باعتبار أن القاعدة الجنائية هى قاعدة قانونية، أو هو البحث عن المعنى الصحيح للتشــريع بطريقة تســمح بتطبيقه تطبيقاً صــحيحاً على الوقائع التى يجب أن يحكمها[3].

---

[1] - د/ توفيق حسن فرج : **المدخل للعلوم القانونية** ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨١ ، ص١٥٣ .

– د/ محمود جمال الدين زكى: **دروس فى مقدمة الدراسات القانونية**، دار مطابع الشعب، ١٩٦٤ ص٢٤.

– د/ نعمان خليل جمعة : **المدخل لدراسة القانون** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص٢٧٨ .

– د/ هشام القاسم : **المدخل إلى علم الحقوق** ، مطبعة الإنشاء بدمشق ، ١٩٦٥، ص١٤٣ .

- Jean Luc -Aubert, "**Introduction au Droit que Sais Je** " ٣e edition, P. ٥٣

[2] - د/ شمس الدين الوكيل : **المدخل لدراسة القانون** ، **القاعدة القانونية** ، ١٩٦٢ ، ص٢٦٣ .

[3] - أستاذنا العميد د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ١٩٨٢، ص٢٨٧.

- **الاتجاه الثانى : تحديد مدلول تفسير القاعدة الجنائية بصفة خاصة :**

يذهب هذا الاتجاه إلى أن التفسير عبارة عن نشاط فكرى ومنطقى يبحث فى معانى القاعدة الجنائية لتحديد مضمونها ومجال تطبيقها على الحالات الواقعية، أى تحديد مدلول ونطاق النص الجنائى بهدف تطبيقه تطبيقاً صحيحاً[1].

- **التعريف المختار عندنا :**

ومن جماع ما تقدم نستطيع أن نقول أن تفسير القاعدة الجنائية هو نشاط عقلى يستخدم فيه المفسر قواعد اللغة والمنطق لتحديد المصلحة التى شرع النص لحمايتها، وصولاً من ذلك إلى تطبيق النص على الوقائع التى يجب أن يحكمها فى ظل مفهوم متكامل للعدالة.

المطلب الثالث

مدلول التفسير فى الفقه الإسلامى

باب البيان فى الأصول وثيق الصلة بتفسير النصوص، لذا كان لزاماً أن يكون هذا الباب سبيلنا للكشف عن ماهية التفسير. والبيان فى اللغة إظهار المقصود بأبلغ لفظ، وهو من الفهم وذكاء القلب، وأصله الكشف والظهور، فهو

– د/ عوض محمد : **قانون العقوبات القسم العام** ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص٨.

– د/ محمد زكى أبو عامر : **قانون العقوبات القسم العام** ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص٥٣ .

[1] - أستاذنا د/ مأمون سلامة : **قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٤ ، ص٣٧.

– د/ السعيد مصطفى السعيد : **الأحكام العامة فى قانون العقوبات** ، الطبعة الثالثة ، دار المعارف ١٩٥٧، ص٩٠.

– د/ على راشد ، ود/ يسرى أنور على : **شرح النظريات العامة للقانون الجنائى** ، الكتاب الأول ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٣ ، ص١٤ .

اسم لكل ما كشف عن معنى الكلام وإظهاره[1]. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم **"إن من البيان لسحراً"**[2]، وهكذا يستعمل البيان لغة من الإظهار والظهور .

ولم يبتعد الأصوليون عن المعنى اللغوى فى تعريفهم للبيان فهو عندهم إظهار المعنى وإيضاحه للمخاطب منفصلاً عما تستتر به. ولقد كثر ورود البيان فى التنزيل بمعنى الإظهار كما يرى فى قوله تعالى **"هَذَا بَيَانٌ لِلنَّاسِ"**[3]، وقوله

---

[1] - الإمام / محمد بن مكرم بن منظور : **لسان العرب** ، الجزء الثالث عشر ، بيروت ، ١٣٧٦ هـ ، ص.

- الإمام / الجاحظ : **البيان والتبيين** ، الجزء الأول ، ص٧٦ ، جاء فيه والبيان اسم جامع لكل شئ كشف لك قناع المعنى وهتك الحجاب دون الضمير .
- **فوائد اللغة فى الفروق** ، الجزء الأول ، ص٣٤ وص٣٨ .
- الشيخ / المولولى محمد بن أعلى بن على التهانوى : **كشاف اصطلاحات الفنون** ، الجزء الأول ، طبعة بيروت خياط ، ص١٦٣ .
- د/ بدران أبو العينين بدران : **بيان النصوص الشرعية طرقه وأنواعه** ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨٢، ص٢٢ وما بعدها .
- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٣٠.
- د/ محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٤ ، طبعة جامعة دمشق ، ص ٤٥.

[2] - الحديث بهذا اللفظ رواه مالك وأحمد والبخارى وأبو داود والترمذى عن بن عمر رضى الله عنهما ، وهو عن عند أحمد وأبى داود عن بن عباس بلفظ (إن من البيان لسحر) .

- الإمام/ جلال الدين السيوطى : **الجامع الصغير ، مع فيض القدير للمناوى**، الجزء الثانى،ص٥٢٥،٥٢٤.
- الإمام / السخاوى : **المقاصد الحسنة** ، ص١٢٩ .
- الإمام / العجلونى : **كشف الخفاء والإلباس** ، الجزء الأول ، ص ٢٥٣ ، ٢٥٥. =

- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **أصول الفقه ، مع شرحه كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى،** مكتبة الصنايع ، الجزء الثالث ، ١٣٠٧ هـ ، ص٧٢٤.

" إن من البيان لسحر" روى عن بن عمر رضى الله عنهما قال : قدم رجلان من المشرق فخطبا فتعجبا الناس لبيانهما ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم " إن من البيان لسحر ، وإن من الشعر لحكمة " ، فقيل معنى تسميته بالسحر إن بالسحر تستمال القلوب ، فكذا بالبيان ، وكما أن فى السحر إرادة ما ليس بحق فى لباس الحق ، كذا فى الفصاحة والبيان إرادة المعنى الذى ليس بمتين فى لباس المعنى هو متين ، والبيان الفصيح قد يبلغ فى الحسن ، والملامة غاية يتعجب الناس عنه ، ويعجزون عن الإتيان بمثله مع تساوى الكل فى أسباب التكلم وآلات النطق ، فيسمى سحرا .

[3] سورة آل عمران ، الآية ١٣٨

تبارك أسماؤه **"فَإِذَا قَرَأْنَاهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ"**[1]، أى إظهار معانيه وأحكامه وشرائعه إذا أشكل عليك يا محمد شئ من معانيه، أو إظهاره على لسانك بالوحى حتى تقرأه، ومن ذلك قوله تعالى **"خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ "**[2].

وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قلده الله أمانة البيان لما أنزل إليه من كتاب، فكان مأموراً بأن يبين للناس ما ينزل إليه **"وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ"**[3]. ولم ينتقل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى حتى أدى أمانة البيان كما أمره مولاه وعهد إليه. ولو كان البيان بمعنى الظهور وهو العلم الواقع للمبين له، لما كان رسول الله مؤدياً لتلك الأمانة ، ومن هنا قرر بعض الفقهاء[4] أن من جعل البيان بمعنى الظهور دون الإظهار، يلزمه القول بأن كثيراً من الأحكام لا تجب على من لا يتأمل فى النصوص ويستنبط منها الأحكام بنفسه، أى إن لم يكن قد بلغ مرتبة الاجتهاد فلا إلزام عليه، وهذا قول فاسد بإجماع الأمة. وقد تكفل فقهاء الشريعة الغراء بالرد على هذه الآراء المرجوحة بالتفصيل، وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدراسة، وحسبنا الإشارة إلى ما يعنينا فى هذه المثابة[5].

---

[1] سورة القيامة ، الآيتان ١٨، ١٩

[2] سورة الرحمن ، الآيتان ٤،٣

[3] سورة النحل ، الآية ٤٤

[4]- الشيخ/ عبد العزيز البخارى: **كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى**،طبعة بيروت، ص١٠١.

[5] – ابن أمير الحاج: **التقرير والتحبير شرح التحرير لابن الهمام**، الجزء الثالث، المطبعة الأميرية، ١٣١٦هـ، ص٣٥.

– الإمام/ المطلبى محمد بن إدريس الشافعى: **الرسالة** ، تحقيق الشيخ أحمد شاكر الطبعة الأولى، ١٣٥٨هـ، ص٢١.

– الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص٨٢٤ ، ٨٢٥.

– د/ محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٥١.

– الشيخ / أبو بكر السرخسى : **أصول السرخسى** ، الجزء الثانى ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، ١٣٧٢هـ ، ص٢٦، ٢٧ .

– حاشية الأزميرى على المرآة : **المرجع السابق** ، ص ١.

المبحث الثانى
علم أصول الفقه كجامع لقواعد وضوابط
التفسير والبيان والاجتهاد

إن علم أصول الفقه هو العلم الجامع لقواعد علوم التفسير والبيان وضوابط الاجتهاد الشرعى، وهى أمور تميزت بها الشريعة الإسلامية، وتفوقت على سائر الشرائع تفوقاً يشهد به كافة المنصفين من علماء القانون. وقد نستطيع إلقاء الضوء على تلك المسألة بما يتناسب مع الهدف من هذه الدراسة، ولكن بداية علينا أن نبحث فى نشأة علم أصول الفقه ومضمونه من الزوايا التى تخدم هذه الدراسة، وهو ما نواليه بالشرح فى هذا الفصل.

إن بيان التفسير هو بيان ما فيه خفاء، والتفسير الذى نعنيه هو اجتهاد الفقيه أو القاضى الذى يقوم بوظيفة هذا البيان.

ومن المسلم به فى الفقه الإسلامى[1] أن للمجتهد الذى توافرت فيه الشروط الشرعية للاجتهاد فهم سليم لنصوص الكتاب والسنة، وإعطاء أحكام لما يجد من وقائع لم تكن معلومة من ذى قبل، وقد ترتب على كثرة الأقضية المستحدثة والوقائع المستجدة مع قلة من تتوافر فيهم شروط الاجتهاد المطلق كما يعبر فقهاء الأصول، ترتب على كل ذلك الحاجة إلى ضبط قوانين الاستنباط من النصوص.

وقد أدى تنوع ظروف البلاد الإسلامية من حيث الظروف السياسية والثقافية، ومدى تواجد تلاميذ الصحابة، رضى الله عنهم، بتلك البلاد وطريقة الأخذ عنهم، كل ذلك أدى إلى وجود نزعتين فى النظر إلى النص الشرعى من زاويتى قبوله رواية، وتفسيره اجتهاداً، ومن ثم كيفية إعطاء الحكم لكل حادثة:

إحداهما نزعة الرأى، وقد غلبت فى ذلك العصر على أهل العراق، وثانيهما نزعة الحديث، وقد غلبت على أهل الحجاز مع أن كلا الفريقين عنده الحديث وعنده الرأى مع اختلاف بينهما فى الكم والكيف[2].

وكانت نهضة عظيمة ترمى إلى الوفاء بالحاجات العملية للمجتمع، وقد اتسع ميدان الجدل والمناظرة بين فقهاء المدرستين، كما بدأت تكثر فى نظر الباحثين الاحتمالات والاشتباهات فى مدلولات النصوص ومعانى الألفاظ، وكانت طبيعة

---

[1] الإمام / محمد بن على الشوكانى : **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** ، مطبعة مصطفى الحلبى، ١٢٥٦هـ ، باب شروط الاجتهاد .

٢ - يرجع سبب انتشار فقه الرأى بالعراق ، وفقه الحديث بالحجاز إلى عوامل كثيرة مبسوطة بكتب التاريخ الإسلامى .

- راجع على سبيل المثال : مقدمة بن خلدون : **المرجع السابق** ، ص ١٢٥ .

المرحلة تقتضى بأن يعنى كل فريق بضبط مسائله الفقهية وأحكامه القضائية، فظهرت نثارات من الضوابط هنا وهناك تعتمد على أوراق قام بها الفقهاء وأهل الفتيا والقضاء فى ظل المدارس الفكرية فى الفقه التى نشأ فيها وأخذ عنها كل من هؤلاء الفقهاء والقضاة.

وكان الحرص على الاستعانة والالتزام بما جرى عليه الاستعمال عند الصحابة وتلامذتهم من التابعين فى فتاويهم وأحكامهم بشكل يقترب من المفهوم المعاصر لفكرة السوابق القضائية والمبادئ العامة التى تضعها المحاكم العليا فى كل دولة، فيسير عليها قضاتها وفقهائها.

وتلك الضوابط الأصولية الفقهية والقضائية أيضاً وإن لم تتضح معالمها، إلا أن الباحثين المعاصرين فى علم الأصول الشرعى يجزمون أن أراء أولئك الأئمة واجتهاداتهم لم تكن عن عبث أو هوى، وإنما كانت ثمرة لما استضاءت به أذهانهم وملكاتهم الفقهية الواعية من أراء من سبقهم من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، وإن كان ذلك لم يخرج إلى حيز الواقع على شكل قواعد مدونة بعد[1].

وبعد هذه المرحلة جاء الإمام الشافعى رضى الله عنه المتوفى سنة ٢٠٤هـ فوضع "الرسالة" فى أصول الفقه، فكان عمله مرحلة طبيعية واستجابة لحاجة أعلن عنها الواقع بعد منتصف القرن الثانى الهجرى.

وقد أوضح ابن خلدون فى مقدمته كيف دعت الحاجة إلى وضع قوانين الاستنباط، فقال عند حديثه عن تدوين أصول الفقه الذى تعتبر قواعد التفسير جوهره الذى يقوم عليه: "واعلم أن هذا الفن من الفنون المستحدثة فى الملة، وكان السلف فى غنية عنه بما أن استفادة المعانى من الألفاظ لا يحتاج فيها إلى أزيد مما عندهم من الملكات اللسانية، وأما القوانين التى يحتاج إليها فى استنباط الأحكام خصوصاً فمنهم أخذ معظمها . فلما انقرض السلف، وذهب الصدر الأول، وانقلبت العلوم كلها كما قررناه من قبل ـــ واحتاج الفقهاء والمجتهدون إلى تحصيل هذه القوانين والقواعد لاستفادة الأحكام من الأدلة، فكتبوها فناً قائماً برأسه سموه "أصول الفقه"[2].

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين أساسيين يتناول أولهما تدوين قواعد التفسير عند الإمام الشافعى، رضى الله عنه. أما المطلب الثانى فيعرض طرق تدوين قواعد علم التفسير بأصول الفقه بعد الإمام الشافعى، رضى الله عنه. ونلقى الضوء على هذه الطرق وهى طريقة المتكلمين، وطريقة الحنفية، وأخيراً

---

[1] د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص ٤٥ .

[2] مقدمة بن خلدون : **المرجع السابق** ، ص ١٣٠ .

طريقة الجمع بين الأسلوبين، وظهور فقه المصالح فى علم الأصول وآثاره على قواعد علم التفسير.

المطلب الأول

تدوين قواعد التفسير

(الإمام الشافعى رائد علم أصول الفقه)

وبدأ الإمام الشافعى، رضى الله عنه، طريقه، فتفقه ما تفقه على أهل الحديث واللغة العربية من علماء مكة المكرمة، ثم رحل إلى إمام أهل المدينة مالك بن أنس، رضى الله عنه، فلزمه وأفاد من علمه وفضله الكثير. وقد كتب الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فى مقدمة كتابه الشهير "الأم" أن مالكاً رضى الله عنه، هو أستاذه وعنه أخذ العلم .

ولقد تسنى للإمام الشافعى، رضى الله عنه، فيما بعد أن يتصل بالإمام محمد بن الحسن، من كبار تلاميذ الإمام أبو حنيفة، رضى الله عنه، فأخذ عنه فقه أهل العراق. وقد جمع الإمام الشافعى، رضى الله عنه، هذا إلى ذاك ومعهما ما استوعبه من علوم اللغة والبيان التى أتيح له أخذها بمكة المكرمة أثناء نشأته وإقامته فيها، مما نتج عنه إلمامه باللغة العربية من مصادرها الأصلية، متمثلة فى أساليب العرب فى شعرهم ونثرهم .

وإذ قد توفر ذلك كله لهذا الإمام الذكى الألمعى، بدأ بتوجيه الدراسات الفقهية وجهة علمية محددة، هى وجهة العقل العلمى، ووضع كتاب "الرسالة" الذى تحدث فيه عن الكتاب والسنة ومراتب البيان، وعن الإجماع والقياس، ورتب الأصول من كتاب وسنة وإجماع وقياس، وأنزلها منازلها.

كما تحدث عن الناسخ والمنسوخ، والعموم والخصوص، والأمر والنهى، وعن المجمل وتفصيله، كما نقد الاستحسان الذى رأى فقهاء العراق على رأسهم الإمام أبو حنيفة، رضى الله عنه، يبرعون فى استعماله، فذكر الاختلاف فى أحكامه بين الجائز منه والمحرم، وأوضح أهمية العلم بلسان العرب لمن يريد فهم الكتاب والسنة. كل ذلك بأسلوب علمى منظم، وبحث منطقى دقيق. ويبدو أنه ليس هناك ما يدل على أن أحدا قبل الإمام الشافعى، رضى الله عنه، قد ألف فى أصول الفقه، وقواعد تفسير النصوص كعلم قائم بذاته. وما يروى عن قواعد وضعت قبل الشافعى، رضى الله عنه، فالمقصود بذلك فى رأى كثير من فقهاء الأصول المعاصرين هى تلك النثارات المضيئة التى ألمحنا إليها من قبل[١].

وقد استدل فقهاء علم أصول الفقه المعاصرين على ما سبق بأدلة منها أن فقهاء الحنفية، مثلاً، يظهر فى مصنفاتهم ما يدل بوضوح على أن القواعد

---

[١] د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ ، ٥١.

الأصـولية عندهم تهدى إليها فروع الأصـحاب السـابقين، وأن قواعدهم ضـوابط لتلك الفروع .

وكذلك يستدلون بقول الإمام الجوينى فى شرح الرسالة: لم يسبق الشافعى، رضـــى الله عنه، فى تصـــانيف الأصـــول ومعرفتها، وقد حكى عن بن عباس تخصـيص عموم، وعن بعض الصـحابة القول بالمفهوم، ومن بعد هؤلاء لم يقل فى الأصـول شــىء، ولم يكن لأحد فيه قدم، فإن رأينا كتب السـلف من التابعين وتابعى التابعين وغيرهم ما رأيناهم صنفوا فيه.

وقد بين الرازى أن نسـبة الشـافعى، رضـى الله عنه، إلى علم أصـول الفقه كنسبة أرسطو إلى علم المنطق، وكنسبة الخليل بن أحمد إلى علم العروضوبعد أن قرر ذلك قال " فالناس كانوا قبل الأمام الشـافعى يتكلمون فى مسـائل أصـول الفقه ويسـتدلون ويعترضـون، ولكن ما كان لهم قانون كلى يرجع إليه فى معرفة دلائل الشـريعة، وفى كيفية معارضـتها وترجيحاتها، فاستنبط الشـافعى، رضـى الله عنه،علم أصـول الفقه، ووضـع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه فى مراتب أدلة الشرع".

وهكذا كانت رســالة الإمام الشــافعى، رضـــى الله عنه، حدثاً جديداً أدخل تفســير نصـــوص الأحكام من الكتاب والســنة فى طور علمى محدد القواعد منضــبط القوانين والموازين، وحسـبها أنها فتحت الآفاق ومهدت السـبيل حتى جاء الكاتبون بعد الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فتابعوا الطريق حيث أوسعوا القول بتلك القواعد والقوانين، وعملوا على تنمية علم أصـــول الفقه وتنســيقه وتحرير مســائله. ويبدو أن الأمر لم يقتصــر على "الرســالة " فقط، بل إن آثار أصولية متعددة أخذت من فقه الإمام الشافعى، رضى الله عنه، بحثت فى أصول الفقه وتفسير النصوص[١].

المطلب الثانى
طرق تدوين قواعد علم التفسير
بأصول الفقه بعد الإمام الشافعى رضى الله عنه

يمكن رد آثار العلماء فى هذا الباب بعد الإمام الشافعى إلى طريقتين مختلفتين:

---

[١] د/ محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٥٢ وما بعدها .

- **الطريقة الأولى : طريقة المتكلمين[1] :**

وطريقة المتكلمين، طريقة نظرية تقوم على تحقيق القواعد تحقيقاً منطقياً، وإقرار ما يؤيده البرهان العقلى والنقلى منها دون تأثر بفروع مذهب من المذاهب أو التقيد برأى إمام معين. فالمقصود فى هذا الاتجاه تحرير القاعدة وتنقيحها من غير تطبيقها على أى مذهب تأييداً أو نقضاً.

ومن المنتمين لهذا الاتجاه معظم فقهاء المذهب الشافعى، فكثيراً ما يختلفون فى تحديد قاعدة من القواعد الأصولية فى التفسير، بل وأحياناً ما نرى خلافاً بين واحد منهم أو أكثر وبين الإمام الشافعى واضع الرسالة نفسه. وعلى سبيل المثال نجد أن الإمام الشافعى يعتبر مفهوم الموافقة قياساً جلياً، بينما أكثر العلماء من الشافعية يفرقون بين القياس وبين مفهوم الموافقة.

وواضح أن هذا التجرد عن الالتزام برأى الإمام نفسه إنما كان ثمرة من ثمرات اتجاه يقوم على تحديد قانون للاستنباط مقوماته الدليل الشرعى القائم على صحته لا رأى هذا الإمام أو ذلك. وقد ظهر هذا الاتجاه أيضاً عند بعض فقهاء المالكية والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والأباضية. ولقد كان فريق كبير من هؤلاء من علماء الكلام فسميت الطريقة طريقة المتكلمين .

- **الطريقة الثانية : طريقة الحنفية[2]:**

وهى طريقة تقوم على محاولة ضبط فروع أئمة المذهب على قواعد كلية، وخير مثال على ذلك ما اتبعه كثير من فقهاء المذهب الحنفى ، فهم قد جعلوا فروع الإمام أبى حنيفة، رضى الله عنه، وأصحابه كأبى يوسف ومحمد بن الحسن وزفر وغيرهم، هى الأساس فى وضع الضوابط التى جرى عليها سير القواعد الكلية الأصولية ووضعها، فبدلاً من أن تكون هناك قواعد تخضع لها

---

[1] – الإمام / محمد بن على الشوكانى : **المرجع السابق** ، ص ١٧٨ .

– د/ محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص ٤٣٧ .

[2] – الأستاذ الشيخ / محمد أبو زهرة : **أصول الفقه** ، ١٩٧٧، دار الفكر العربى ، ص ١١٠ .

– أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **أصول الفقه الإسلامى** ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٢٤٩ .

– د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٤٢٥.

فروع تستخرج بناءً عليها، كما فى طريقة المتكلمين، نجد هنا فروعاً تبنى على أساسها القواعد، والتى يلتزم بها بعد ذلك فى ضبط الفروع التى تجد.

ومثالاً على ذلك نجد الإمام أبو بكر الجصاص فى كتابه "الأصول" يأتى بالقاعدة كما فى موقف فقهاء المذهب الحنفى، من الأخذ بمفهوم المخالفة، وبعد أن يقررها يقول على هذا دلت فروع أصحابنا. وهذا ما اتبعه فقهاء مثل اللأئمة الدبوسى والسرخسى والبزدوى وغيرهم. ويمكن أن نسوق مثالاً آخر على طريقة هؤلاء الفقهاء فى تدوين قواعد التفسير فى علم الأصول بما يقرره الإمام البزدوى فى كون العام قطعى الدلالة عند فقهاء المذهب الحنفى، وبعد سوقه لهذه القاعدة يقول: على هذا دلت فروع أصحابنا . والأمثلة على ذلك كثيرة وفيرة.

وقد ترتب على هذه الطريقة فى تدوين قواعد علم أصول الفقه بصفة عامة وخصوصاً قواعد التفسير منها، أن هؤلاء الفقهاء كانوا إذا لم تنضبط القاعدة على بعض الفروع شكلوها بالشكل الذى يتفق مع ذلك الفرع الذى خرج عن القاعدة باستثنائه منها لتظل قاعدة كلية. فمثلاً عند تقريرهم أن المشترك لا يطلق على معانيه جميعاً مرة واحدة، ثم يتضح للفقيه أن هناك مسألة تخرج عن ذلك كواقعة من يوصى لمواليه، وأن الموالى لا يشمل المعتق، اضطروا إلى الخروج على القاعدة الأولى، وقالوا: المشترك لا يعم فى حال النفى لا فى حال الإثبات، وبيان ذلك أنه على القاعدة الأولى تبطل الوصية الأولى لجهالة الموصى له، وفى الحالة الثانية يمكن اعتبار الوصية غير باطلة لأن الكلام مثبت لا منفى .

ولما كان فقهاء المذهب الحنفى هم أكثر الذين ساروا على هذا الاتجاه، فقد نسبت الطريقة إليهم وسميت باسمهم . وهكذا يكون لدينا بعد تدوين الشافعى لقوانين الاستنباط طريقتان أصليتان هما: طريقة المتكلمين وطريقة الحنفية. وقد غنيت المكتبة الفقهية بالعديد من المصنفات على كل من الطريقتين، حيث جرى فيها أصحابها على إبراز القواعد والتدليل عليها، وإيضاح معالم المذهب فيها[1].

• الطريقة الثالثة : طريقة الجمع بين الأسلوبين وظهور فقه المصالح فى علم الأصول وآثاره فى قواعد التفسير:

[1] ومن أقدمها على طريقة المتكلمين : **العمد** : القاضى عبد الجبار ، **وشرحه " المعتمد "** : للإمام أبى الحسن البصرى تلميذ القاضى . ومنها أيضا : **البرهان** : لإمام الحرمين الجوينى . ومن أقدم ما دون على طريقة الحنفية: **أصول الفقه** : لأبى بكر الجصاص . و"**تقويم الدلالة** " لأبى زيد الدبوسى ، وفى دار الكتب المصرية نسخة خطية لكل منهما ، وهناك صور لهاتين المخطوطتين بمكتبة كلية أصول الدين بجامعة الأزهر . أمكن الإطلاع عليها.

وهذا المنحى الثالث لم يقتصـر على أى من الطريقتين السـابقتين، بل وجد من العلماء من جمع فى تصنيفه بين الطريقتين كلتيهما، ومن الفقهاء من أضاف إلى الطريقتين بعداً جديداً بإظهار وضـبط أكثر دقة وتفصـيلاً لفكرة المصـلحة. ويمكن ملاحظـة هذا الاتجـاه فى كتـاب "بـديع النظـام" الجـامع بين البزدوى، و"الأحكام" للمظفر السعاتى من فقهاء الحنفية المتوفى سنة ٩٦٤هـ.

وبعض الفقهاء خرج على الطريقتين ونهج نهجاً متميزاً، فلم يلتزم بأسسهما التزاماً كاملاً، وإنما سـلك سـبيلاً غير ذلك كما نرى فى "الأحكام فى أصـول الأحكام" للإمام بن حزم، الذى تميز كتابه بذكر المصـطلحات الأصـولية التى يراها مع ذكر مسـهب لأدلتها الشـرعية، كما تميز كتابه بالعناية بذكر الأدلة المسـتنبطة من السـنة فى أثناء عرض القواعد إلى جانب الطابع الظاهرى فى الكتاب.

كذلك نرى هذا الاتجاه فى كتاب "**تخريج الفروع على الأصول**" للإمام أبى المناقب الزنجانى المتوفى ٦٥٦هـ، أحد أئمة الشافعية فى اللغة العربية والفقه، وقد قام كتابه على تتبع المذهبين الحنفى والشافعى فى أكثر أبواب الفقه، وضبط الفروع فيهما بضـوابط من أصـول الفقه والقواعد الفقهية، ورد الاختلاف فى الفروع إلى الاختلاف فى تلك الضـوابط والأصـول، وكان عمله محاولة منهجية رائعة فى بيان كيفية تفرع الأحكام عن أصولها وضوابطها فى كلا المذهبين عن طريقة منطقية سليمة تتسم بالدقة والتجرد[١].

ويعد كتاب "الموافقات" للإمام أبى إسـحاق الشـاطبى من أبرز المؤلفات الأصـولية التى سـار فيها مؤلفها على نهج متميز فى عرض القواعد الأصـولية فى ظل العناية والاهتمام بإبراز مقاصـد الشـريعة والمصـالح التى يقدرها الشـارع، ورسـم ضـوابطها مع الحرص على الربط بين فقه المصـالح وقواعده وقواعد اللغة ، وإبراز أهمية الظروف الاجتماعية والسـياسـية وأثر العرف فى قواعد علم التفسـير . ولقد كان ذلك كله أثراً من آثار اسـتنارة الفكر الإسـلامى، والعمل على تحديد معالم الطريق فى اسـتنباط الأحكام من الكتاب والسـنة. فالاستنباط وتذليل سبله مرتبة فضل ونافلة خير يبتغى بها رضوان الله تعالى[٢] .

وقـد جـاء فـى معرض الحديث عن القرآن قول الإمام الشافعى فى الرسـالة: "والناس فى العلم طبقات موقعهم من العلم بقدر درجاتهم فى العلم به.

---

[١] الإمام / أبى المناقب الزنجاتى ، **تخريج الفروع على الأصول** ، تحقيق د/ محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٤.

٢ الإمام / أبى إسحق الشاطبى : **الموافقات فى أصول الشريعة** ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

فحق على طلبة العلم بلوغ غاية جهدهم فى الاستكثار من علمه: نصاً واستنباطاً. فإن من أدرك علم أحكامه فى كتابه نصاً واستدلالاً، ووفقه الله للقول، والعمل بما علم منه فاز بالفضـــيلة فى دينه ودنياه، وانتفت عنه الريب ونورت فى قلبه الحكمة، واستوجب فى الدين موضع الإمامة"[1].

هذا وفى كتب الأصول ومراجع الثقافة الإسلامية غناء لمن أراد الاستقصاء فى مصـــنفات هذا العلم العظيم ، وقد أردنا بهذا العرض الموجز لنشـــأة وتدوين قواعد التفسير، الذى يتضمنها علم أصول الفقه أن نبلغ الهدف المتناسب مع هذه الدراســـة، ألا وهو إثبات الصـــلة الوثيقة بين القواعد الأصـــولية اللغوية منها والمنطقية، وبين التطبيق السـليم للنصـوص المدونة باللغة العربية سـواء أكانت نصوصاً شرعية أو نصوصاً قانونية .

١ الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى : **الرسالة** ، الجزء الأول ، **المرجع السابق** ، ص ٦٦ .

- **الخلاصة :**

ونخلص من ذلك العرض إلى أن أى عملية تفســـير لنص مكتوب باللغة العربية لا يلم القائم به قاضـــياً كان أو فقيهاً بقواعد هذا العلم، وأعنى به علم أصـول الفقه، إلماماً كافياً، فإنه لا يملك زمام النص وهو يقوم باسـتجلاء معانيه، ولا يصيب صحيح المعنى المراد .

كما يجدر بنا الإشـارة إلى أن من نتائج العرض السـابق، التى حرى بنا أن نثبتها فى هذا الموضـع نتيجة مؤداها؛ أن التطبيق السـليم للشـريعة الإسـلامية فى مجال الحكم لا بد وأن يســبقه إعداد القائمين بهذا التطبيق فقهاء وقضـــاة إعداداً علمياً سـليماً، أولى خطواته هو الدراسـة المتعمقة الشـاملة لعلم أصـول الفقه، وما يحتويه من قواعد التفسير وضوابط الاجتهاد وأنواع البيان.

وذلك لكى يـأتى التطبيق العملى الفقهى والقضـــائى لأحكام الشـــريعة الإســـلامية على المســـتوى اللائق بها، ونخرج من ربقة التجارب المشــوهة لتطبيق يبعد عن الشـريعة الغراء بُعد المشـرقين، وإن ألصـق نفســه بها بهتاناً وزوراً، أكثر مما يبعد القانون الوضــعى عن تلك الشــريعة الغراء فى كثير من مواضـع التطبيق، التى قد يصـيب فيها القانون الوضـعى أحكام الشـريعة توافقاً لا تبلغه تلك التجارب المشينة، التى تدعى تطبيق الشريعة بمعرفة مطبقين لها لا يدرون من الشـــريعة الغراء إلا متوناً قَل ما يأخذون منها ما تعنيه وما شرعت له .

المبحث الثالث

أنــواع البــيان

نتعرض فى هذا المبحث لأنواع البيان من خلال خمسـة مطالب يتناول كل منها نوع من أنواع البيان. فالمطلب الأول يوضح بيان التقرير، والمطلب الثانى يتناول البيان بالمنطوق المخالف (بيان التغيير)، والمطلب الثالث فيه البيان بالمنطوق المخالف مع التأخير (بيان التبديل) (النسـخ)، أما المطلب الرابع. فيتناول البيان بغير المنطوق (بيان الضـرورة) . وينفرد بيان الضـرورة بأربعة أنواع، النوع الأول: البيان بدلالة المنطوق، والنوع الثانى: البيان بدلالة حال السـاكت، والنوع الثالث: دلالة السـكوت الذى جعل بيانا لضـرورة دفع وقوع الناس فى الغرر، أما النوع الرابع: البيان لضـرورة كثرة الكلام. وأخيراً نبحث فى المطلب الخامس: بيان التفسـير. ونختم المبحث بخلاصـة نسـتعرض فيها الصلة بين التفسير والبيان والاجتهاد فى الشريعة الغراء .

لا يجد الباحث فى رسالة الإمام الشافعى، رضى الله عنه، التى هى كما أوضحنا أول مدونة فى أصول الفقه وتفسير النصوص، وضع أسماء اصطلاحية معينة للبيان حسب الغرض الذى يؤديه، بأن يكون ذلك البيان للتقرير أو التفسير... إلى غير ذلك من الأغراض التى يكون بها أداؤها. وإنما يجد عرضاً مفصلاً لوجوه البيان فى الشريعة، حيث يكون بكتاب أو بسنة أو باجتهاد... إلخ، فهى وجوه متعددة وإن كان بعضها أشد تأكيداً من جهة البيان من بعض[1].

فقد عقد الإمام محمد بن إدريس الشافعى رضى الله عنه فى رسالته باب تحت عنوان "كيف البيان" ذكر تحته خمسة أوجه للبيان، أجملها ثم فصل القول فى كل واحد منها على حدة، وقد أشفع كل وجه منها بالأمثلة والشواهد التى توضح ما أراد. ولعل من الخير أن نعرض هذا الإجمال، ونترك التفصيل لمن شاء الاستقصاء، كما جاء فى الرسالة، أنه قال: "فجماع ما أبان الله لخلقه فى كتابه مما تعبدهم به، لما مضى من حكمه جل ثناؤه من وجوه: فمنها ما أبانه لخلقه نصاً، مثل جمل فرائضه، أن عليهم صلاة وزكاة وحجاً وصوماً، وأنه حرم

---

[1]- الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى : **الرسالة** ، **المرجع السابق** ، ص٢١ .

- د/ بدران أبو العينين بدران: **بيان النصوص الشرعية طرقه وأنواعه** ، **المرجع السابق**، ص٨٦،٨٧ وما بعدها.

الفواحش ما ظهر منها وما بطن، ونص الزنا والخمر، وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وبين لهم كيف فرض الوضوء مع غير ذلك مما بين نصاً"[1].

ومنه ما أحكم فرضه بكتابه وبين كيف هو على لسان نبيه ، مثل عدد الصلاة والزكاة ووقتها وغير ذلك من فرائضه التى أنزل فى كتابه .

ومنه ما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما ليس فيه نص حكم، وقد فرض الله فى كتابه طاعة رسوله، والانتهاء إلى حكمه، فمن قبل عن رسول الله فيفرض الله قبل.

ومنه ما فرض الله على خلقه الاجتهاد فى طلبه، وابتلى طاعته فى غيره مما فرض عليهم. فإنه يقول تبارك وتعالى: "وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ حَتَّى نَعْلَمَ الْمُجَاهِدِينَ مِنْكُمْ وَالصَّابِرِينَ وَنَبْلُوَ أَخْبَارَكُمْ"[2]، وبعد أن أورد الشافعى شواهد أخرى للاجتهاد عاد، كما أسلفنا على كل وجه من أوجه البيان المذكورة بمزيد من الشرح والإيضاح. ولقد امتدت يد الاستقرار والتوسع فى ميدان الاصطلاحات إلى مباحث البيان فى تفسير النصوص، فرأينا الأصوليين فيما بعد رسالة الشافعى يقسمون البيان من حيث الوظيفة التى يمكن أن يؤديها من تقرير أو تفسير، أو تغيير أو تبديل ... إلى أربعة أقسام وأوصلها بعضهم إلى الخمسة[3].

فالقاضى أبو زيد الدبوسى[4] يقسم البيان إلى أربعة أقسام هى: بيان تقرير، وبيان تفسير تغيير وهو الاستثناء، وبيان تبديل وهو التعليق بالشرط، وأوصلها

---

[1] - د/ بدران أبو العينين بدران : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ، المرجع السابق** ، ص٨٧ وما بعدها.

- الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى : **الرسالة ، المرجع السابق** ، ص٢٦ وما بعدها .

[2] - سورة محمد : الآية ٣١

[3] - الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى : **الرسالة ، المرجع السابق** ، ص٢٦ ،٢٧ ،٢٨ وما بعدها .

- **التوضيح وشرحه التلويح** الجزء الثانى ص١٨،١٧ .
- **تقديم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع** للدبوسى ، ص٤٢٨ وما بعدها .
- **أصول البزدوى** ، مخطوطة دار الكتب المصرية ، الجزء الثالث ، مع **كشف الأسرار** .
- د / محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ، المرجع السابق** ، ص٦،٧.

[4] - الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى : **الرسالة ، المرجع السابق** ، ص٢٦ ،٢٧ ،٢٨ وما بعدها .

- **التوضيح وشرحه التلويح** ، الجزء الثانى ، ص١٨،١٧ .
- الإمام / الدبوسى : **تقديم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع** ، ص٤٢٩ ، مخطوطة دار الكتب المصرية.
- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق ، الجزء الثالث** ، ص ٤٢٨ وما بعدها .

شمس الأئمة السرخسى إلى خمسة، حيث اتفق مع أبى زيد الدبوسى[1] فى الأربعة المذكورة، وضــم إليها خامس وهو بيان الضـــرورة. أما البزدوى الذى تابعه الأكثرون فيما بعد: فقد عدها خمســة هى: بيان التقرير، وبيان التفســير، وبيان التغيير وهو على نوعيين: الاسـتثناء والتعليق، وبيان الضـرورة، وبيان التبديل وهو النسخ وهكذا نرى أن ما اعتبره الإمامين الدبوسى والسرخسى بيان تغيير وبيان تبديل هو عند الإمام البزدوى والأكثرين بيان تبديل، وأن الإمام الدبوســى لم يذكر بيان الضرورة[2].

[1] هو عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسى أبو زيد ، أحد القضاة السبعة ومن أجل كبار الحنفية من الفقهاء. والدبوسى نسبة إلى دبوسيه قرية من بوخازى وسمرقند وأصل تصانيفه كتاب (**الأسرار فى الأصول والفروع**)، (**وتقويم الأدلة فى الأصول**) ، (**وتأسيس النظر فى الخلاف**)، (**خازنة المهدى**) ، (**ونظم الفتاوى**) ، وتوفى سنة ٤٣٠ هـ .

– الشيخ / محمد الخضرى : **تاريخ التشريع الإسلامى** ، الجزء الرابع ، مطبعة السعادة ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، ١٣٧٣ هـ ، ص٣٤٧ .

[2] فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق ، الجزء الثالث** ، ص ٨٢٤ ، ٨٢٥ ، ٨٣٧ .

– يراجع فى تفصيلات ما جاء بالمتن من آراء الفقهاء الدكتور بدران أبو العينين : **بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه** ، **المرجع السابق** ، ص ٨٧ .

المطلب الأول

بيـــان التقــريـر

هذا أول وجه من أوجه البيان الخمســـة التى اعتمدها الإمام البزدوى والأكثرون من بعده ، كما أســـلفنا، وهى: بيان التقرير، بيان التفســـير، بيان التغيير، وبيان التبديل، وهو النسخ، وبيان الضرورة. ويرى فى هذه الأوجه أنها تنوعت حسب الوظيفة التى يؤديها كل واحد منها، فما كان وظيفته التقرير سمى بيان التقرير، وما أدى غرض التفسير سمى بيان التفسير، وهكذا. وذلك فيما عدا بيان بالضرورة الذى سماه الآخرون به كذلك لأنه بيان بسبب الضرورة[1]. وبيان التقرير هو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز إن كان المراد بالكلام المؤكد حقيقته أو بما يقطع احتمال الخصوص إن كان المؤكد عاماً[2].

فمن الأول قوله تعالى " **يطير بجناحيه** " من قوله جل وعلى : **"وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَمٌ أَمْثَالُكُمْ"**[3]. فإن الطائر فى الآية يحتمل أن يســتعمل فى غير حقيقته اســتعمالاً مجازياً ، ذلك أن العرب تســتعمل الطيران لغير الطائر، فيقال: للبريد وهو الرسـول ، طائر مجازاً لأنه يسـرع فى مشـــيه، كما يقال فلان يطير بهمته، وتقول للرجل: طر فى حاجتى أى أســـرع، فيكون قوله تعالى **"يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ"** تقرير أوجب الحقيقة وقطعاً لاحتمال

---

[1] – الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص ٨٢٦ .

– د/ محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص ٨ ،٩.

[2] – **التوضيح وشرحه التلويح** : الجزء الثانى ، ص١٧، ١٨ .

– د/ بدران أبو العينين : **بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه** ، **المرجع السابق** ، ١٩٨٢، ص ٩٢-٩٣.

[3] – سورة الأنعام : الآية ٣٨

– المثال الأول تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز ، قال النســفى الدابة اسـم لما يدب على وجه الأرض ، وتقع على المذكر والمؤنث ، وقيد الطيران بالجناحين لنفى المجاز لأن غير الطائر قد يقال فيه طار إذا أســـرع، والمراد بأمم أمثالكم : أى فى الخلق والموت والبعث والاحتياج إلى مدبر يدبر أمرها .

– الإمام / النسفى : **تفسير النسفى** ، الجزء الثانى ، مطبعة الباب الحلبى، ص١١ .

– فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، الجزء الثالث ، ص٨٢٦ .

– د/ بدران أبو العينين بدران : **بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه** ، **المرجع السابق** ، ص٩٣،٩٢ .

المجاز، فالمراد بالطائر حقيقة الطائر المعروف، وقد قطع احتمال المجاز، فكان بيان تقرير[١].

ومن الثانى لفظ "**كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ**" من قوله تعالى : "**فَسَجَدَ الْمَلائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ**"[٢] الخصوص بأن يكون المراد بعضهم، فقطع الاحتمال قوله جل وعلا "**كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ**"، فكان فى ذلك بياناً قاطعاً للاحتمال، وذلك أيضاً بيان التقرير .

وهكذا يكون بيان التقرير كما يلاحظ فى المثالين السابقين قاطعاً للاحتمال، مقرراً للحكم على ما اقتضاه الظاهر، وذلك أوضح مراتب البيان[٣].

---

١ – الشيخ / أبو بكر السرخسى : **المرجع السابق** ، ص٢٨.

– فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، الجزء الثانى ، ص ٨٢٧ .

– تفسير القرطبى : الجزء السادس ، ص ٤١٩ .

– د/ محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص٨،٩ .

٢ – سورة الحجر آية : ٣٠

٣– الشيخ / محمد عبد الرحمن المحلاوى : **تسهيل الوصول إلى علم الأصول** ، ص١٢٨ .

– الشيخ / النسفى : **كشف الأسرار شرح المنار**، المطبعة الأميرية ، ١٣١٦ هـ، الجزء الثان ، ص٦٥.

المطلب الثانى

البيان بالمنطوق المخالف

"بيــان التغـيـير"

أما بيان التغيير فهو كما يتضح من اسمه لبيان الذى فيه تغيير لموجب اللفظ من المعنى الظاهر إلى غيره[1]. وذلك كالتحقيق بالشــرط المؤخر فى الذكر، كما فى قول الرجل لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار، وكالاســتثناء وذلك كما هو فى قوله لفلان علىَ ألف إلا مائة. فلولا الشــرط فى قوله: إن دخلت الدار لوقع الطلاق فى الحال، ولولا الاســتثناء فى قوله: إلا مائة ، بعد ذكر آلاف لكان الواجب عليه ألفاً. هذا: ومثل الاستثناء والشرط بدل البعض نحو (أكرم الرجال العلماء)، فإنه بيان تغيير إذ بقوله (أكرم الرجال) يدخل العلماء وغيرهم وبقوله: العلماء منهم يخرج غير العلماء فهو بيان تغيير[2]. وكذلك الصـفة: نحو أكرم بنى تميم الطوال والغاية نحو: أكرم الفقراء إلى أن يدخلوا فيخرج الداخلون .

هذا ويلاحظ بعض الفقهاء أن الذين يذكرون هذه الأشياء من استثناء وشرط وغيرهما على أنها من المتغيرات لا يذكرونها على ســبيل الحصــر وإنما لاضطراد التغيير بها إذ قد يكون التغيير بغيرها كما فى العطف بعض الأحيان[3].

---

[1]منلاخسرو : **المرآة مع المرقاة** ، الجزء الثانى ، ص١٢٦ . حيث قال : (وحقيقته بيان أن الحكم لا يتناول بعض ما يتناوله لفظه فوجب أن يتوقف أول الكلام على آخره حتى يصير المجموع كلاما واحدا لئلا يلزم التناقض) .

[2] - منلاخسرو : **المرجع السابق** ، ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، الجزء الثالث ، ص٨٤ .

- د / محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص١١،١٠ .

- د/ بدران أبو العينين بدران: **بيان النصوص الشرعية طرقه وأنواعه، المرجع الســابق**، ١٩٨٢، ص١٤٥-١٤٦.

[3] - منلاخسرو : **المرجع السابق** ، ص ١٢٧ .

المطلب الثالث

البيان بالمنطوق المخالف مع التأخير

(بيان التبديل) (النسخ)

ومن أوجه البيان عند العلماء بيان التبديل، وهو النسخ وذلك أن يرد دليل شرعى متراخياً عن دليل شرعى مقتضياً خلاف حكمه، ولذلك عرفه الكثيرون بأنه بيان انتهاء حكم شرعى بدليل شرعى متأخر، وإنما جعل النسخ من أوجه البيان لأنه بيان انتهاء مدة الحكم[1].

هذا وللعلماء مباحث مستفيضة فى النسخ تتناول إلى جانب تعريفه وماذا يراد به، جواز وقوعه ومحله، وشرطة كما تتناول الناسخ والمنسوخ من حيث نسخ الكتاب بالكتاب والسنة بالسنة والكتاب بالسنة والسنة بالكتاب إلى غير ذلك من متعلقاته وما يرتبط به[2].

وسنعود لبحث موضوع النسخ فى الشريعة والقانون عند دراستنا لقواعد المنهج التاريخى فى التفسير، كما جرى على ذلك نفر من الفقهاء المعاصرين للشريعة الإسلامية للصلة الوثيقة بين موضوع النسخ وأساليب المنهج التاريخى فى التفسير، ونكتفى فى هذا الصدد بالإشارة إلى تشابه قواعد النسخ الأصولية مع تلك التى يقول بها الفقه القانونى المعاصر، والتى يسير عليها القضاء الجنائى المصرى، كما سيتضح من التطبيقات القضائية المتعددة فى جنبات هذه الدراسة.

---

[1] - الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص ٨٢٦ .

[2] - منلاخسرو : **المرجع السابق** ، ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٦٨ .

- الشيخ / التفتازانى : **التلويح على التوضيح لصدر الشريعة** ، الجزء الثانى ، ص ١٧.

المطلب الرابع

البيان بغير المنطوق

" بيـــان الضـــرورة "

أما بيان الضرورة فيعنون به البيان بسبب الضرورة والإضافة فيه، كما سلف، هى نوع إضافة الشىء إلى سببه[١]، وهو كما قال شمس الأئمة السرخسى" نوع من البيان يحصل بغير ما وضع له فى الأصل "[٢]، فهو نوع توضيح بما لم يوضع للتوضيح[٣]، لأن الموضوع للبيان فى الأصل هو المنطوق، وهذا ما لم يقع البيان به بل بالسكوت عنه لأجل الضرورة ، ومن هنا اعتبر العلماء أن البيان وقع بسبب هذه الضرورة بما لم يوضع له البيان[٤] وبيان الضرورة عند القائلين به على أربعة أنواع[٥] :

●النوع الأول : البيان بدلالة المنطوق :

وهو ما يكون فى حكم المنطوق، وذلك بأن يدل النطق على حكم المسكوت عنه لكونه لازماً لملزوم مذكور، وقد مثلوا له بقوله تعالى: **"فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ"**[٦]، فإن قوله جلا وعلا **"وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ"** فى صدر الكلام أوجب الشركة فى الميراث من غير بيان نصيب كل منهما، وتخصيص

---

[١] - د/ محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص١٤، ١٥ .

[٢] - الشيخ / أبو بكر السرخسى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ .

- الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦٧ .

[٣] - منلاخسروه : **المرجع السابق** ، ص ١٦٦ .

- الإمام / النسفى : **المرجع السابق** ، الجزء الثانى ، ص ٧٠٧ .

[٤] - المحلاوى : **تسهيل الوصول** ، ص١٢٦ ، ١٢٧ .

[٥] - الشيخ / أبو بكر السرخسى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ .

- د/ محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص١٥،١٤ .

[٦] - سورة النساء : آية ١١ .

- د/ بدران أبو العينين بدران : **أحكام التركات والمواريث بين الشـريعة والقانون** ، ص١٣١ ،١٣٢ ، ١٩٦٥ ، الناشر دار المعارف.

الأم بالثلث فى قوله: "**فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ**" صار بياناً لاستحقاق الأب للباقى من التركة وهو الثلثان، إذ أن صدر الكلام مسوق لبيان نصيب الأبوين.

- النوع الثانى :البيان بدلالة حال الساكت :

والبيان بدلالة حال الساكت الذى وظيفته البيان أو من شأنه التكلم فى الحادثة، بسبب سكوته عند الحاجة إلى البيان[1]، لأن البيان واجب عند الحاجة إليه، وذلك لسكوت صاحب الشرع صلوات الله عليه عن أمر يعاينه من قول أو فعل عن التغيير كالذى شاهد من بياعات ومعاملات كان الناس يتعاملونها فيما بينهم، ومآكل ومشارب وملابس كانوا يستديمون مباشرتها، فأقرهم عليها، ولم ينكرها عليهم فسكوته عليه السلام، وهو لا موحى إليه بيان الشريعة، دل أن جميعها مباح فى الشرع، إذ لا يجوز من النبى صلى الله عليه وسلم أن يقر الناس على منكر محظور، ضرورة أن الشارع لا يسكت عن تغيير الباطل، وأن الله تعالى وصف نبيه بالأمر بالمعروف، والنهى عن المنكر فكان سكوته بياناً أن ما أقرهم عليه داخل فى المعروف خارج عن المنكر[2].

ومن هذا البيان سكوت الصحابة على أمر يفتى بهم عالم منهم أو قضاء يقضى بهم مسئول، فقد جعل سكوتهم بياناً لسلامة الفتوى التى صدرت من ذلك الصحابى، وأنها لم تخرج عن دائرة الشرع لأن الواجب عليهم البيان بصفة الكمال فسكوتهم بعد وجوب البيان بيان[3]، ومنه أيضاً: سكوت البكر فى النكاح إذا بلغها نكاح الولى، فقد جعل سكوتها بياناً للرضا.

---

[1] – فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، ص٨٦٩ .

- الشيخ / أبو بكر السرخسى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ .
- الشيخ / التفتازانى : **المرجع السابق** ، ص ٣٦ ،٤٠ .
- الشيخ / المحلاوى : **المرجع السابق** ، ص١٢٧.

[2] - الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦٨ .

– د / محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص١٦،١٧.

[3] - الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦٩ ، ٨٧٠ .

- الشيخ / أبو بكر السرخسى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ ، ٥١.
- منلاخسروه : **المرجع السابق** ، ص ١٦٦ .

- النوع الثالث : دلالة السكوت الذى جعل بيانا لضرورة دفع وقوع الناس فى الغرر:

وقد مثلوا لها بسكوت الولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى، فإن سكوته عن النهى يجعل، كما يقول السرخسى، إذنا له فى التجارة لضرورة دفع الغرر عن أولئك الذين يعاملون العبد ، فإن الناس لا يتمكنون من استطلاع رأى الولى فى كل معاملة معهم، وإنما يتمكنون من التصرف بمرأى العين من الولى ويستدلون بسكوته على رضاه، وهكذا جعل سكوته كالتصريح بالأذن لضرورة دفع الغرر[1].

- النوع الرابع : البيان لضرورة كثرة الكلام :

ما يثبت ضرورة اختصاص الكلام ومثاله عند الحنفية ما إذا قال: لفلان على مائة ودرهم أو مائة ودينار، فإن ذلك بيان أن المعطوف وهو الدرهم أو الدينار من جنس المعطوف عليه وهو المائة، فيكون لفظ درهم أو دينار، تفسير المائة فى قوله: مائة درهم أو مائة دينار إذ كل من الدرهم والدينار بين بنفسه[2].

---

[1] - الإمام / النسفى : **المرجع السابق** ، ص٧٨

- الشيخ / التفتازانى : **المرجع السابق** ، ص٤٠ .
- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، ص٨٧١ .
- **سلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت** ، الجزء الثانى ، ص٤٤ .
- الشيخ / أبو بكر السرخسى : **المرجع السابق** ، ص ٥٢.
- الشيخ / عبد العزيز البخارى : **المرجع السابق** ، ص ٨٧٣ .
- الإمام / النسفى : **المرجع السابق** ، ص ٧٠٦ ، ٧٠٧ .
- د / محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ، المرجع السابق** ، ص ١٨،١٩ .

[2] - الإمام / النسفى : **المرجع السابق** ، ص ٧٩ .

المطلب الخامس

بيـــان التفســير

أما بيان التفسـير فهو عند العلماء: بيان ما فيه خفاء، وقد مثلوا لما فيه خفاء بالمشترك والمجمل والمشكل والخفى[1]. وهكذا قد يكون بسبب الغموض والخفاء فى النص وجود لفظ فيه مشترك بين مـعنيين أو أكثـر، ويظل التفسير ضرورياً عندما يكون سـبب الخفاء فى النص وجود لفظ مشـكل بأن يكون اللفظ مشـتركاً كما أسلفنا، أو يكـون فيه غـرابة تدعو إلى ضرورة التفسير كما سيأتى، ولم يعلم عن الشارع تعيين الواحد من المعنيين أو المعانى التى وضع لها اللفظ. يبدو ذلك فى قوله تعالى:"**فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى**"[2]، فالذى بيده عقدة النكاح مشترك بين الزوج والولى.. وقد اختلفت أنظار العلماء فى المراد منه فى الآية الكريمة وكانوا فى ذلك على مذاهب عند تفسير النص.

كما يبدو فى قوله تعالى: "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْـنَ بِأَنْفُسِـهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوء**"[3]، فلفظ القرء مشترك بين الحيض والطهر فى أصل الوضـع وقد استعملته العرب فى كليهما ، ومن هنا اختلف أنظار العلماء أيضـاً فى تحديد المراد منه فى النص عند تفسيره[4]. وقد يكون سبب الخفاء الإجمال فى اللفظ، كما إذا استعمل الشارع لفظاً فى معنى شـــرعى أراده، ولكنه أجمله ولم يفصـــله مع أن اللفظ له معنى خاصاً به فى الأصل .

ذلك كما يرى فى ألفاظ الصلاة والزكاة والحج والربا، فحين وردت هذه الألفاظ فى نصوص الكتاب لم يرد بها معانيها اللغوية، وإنما أريد بها معان شرعية جاءت بمجيء الشرعية الجديدة، ولكن الآيات أجملت هذه الألفاظ ولم تبينها، وقد تكفلت السنن القولية والعملية ببيان هذا الإجمال وتفصيله[5].

---

[1] - فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ،الجزء الثالث ، ص ٨٢٧ .

- الإمام / النسفى : **المرجع السابق** ، ص ٦٨٩ .

[2] - سورة البقرة آية : [٢٣٧]

[3] - سورة البقرة آية : [٢٢٨]

[4] - الشيخ / زكريا البرديسى: **أصول الفقه** ، ص٣٩٢ .

- د / محمد أديب صالح : **تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص٢٠ ،٢١ .

[5] - فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، **الجزء الأول** ، ص٥٢ .

ويظل التفسير ضرورياً عندما يكون سبب الخفاء فى النص وجود لفظ مشكل بأن يكون اللفظ مشتركاً كما أسلفنا، أو يكون فيه غرابة تدعو إلى ضرورة التفسير كما فى قوله تعالى: "**إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً**"[١]، ولفظ " **هَلُوعاً** " غريب فكان لابد من إزالة هذه الغرابة ليزول الغموض والخفاء، والذى فسره وقرب معناه قوله تعالى: "**وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً** "[٢]..

وتظل الحاجة إلى لزوم التفسير قائمة حتى فى مرحلة التطبيق لنص ألفاظه ظاهرة المعنى، فقد يرد الخفاء عند التطبيق، كأن يكون فى النص لفظ ظاهر فيما وضع ولكن التبس الأمر عند التطبيق على بعض الأفراد لوجود وصف زائد فى الفرد الجديد أو نقص فيه أو لأى سبب من أسباب الالتباس. حيث يحتاج عند التطبيق إلى نظر وتأمل واستعانة بأمر خارج عن الصيغة كما فى قوله تعالى "**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا**"[٣]، حيث اشتبه الأمر عند تطبيق " **وَالسَّارِقُ** " على مرتكب جريمة فيها وصف زيادة أو نقص على السرقة كالنباش والطرار .

ومن هنا نرى أن ضرورة التفسير ملازمة لجميع أحوال الخفاء، والذى يمكن أن يكون من ذات اللفظ كما فى المجمل المشترك وقد يكون لعارض كما فى الخفى، وهكذا يكون بيان الخفاء سبباً لضرورة التفسير وشاملاً لما قد يكون من عمل الشارع كما فى المجمل، ولما قد يكون من عمل المجتهد كما فى المشكل والخفى. هذا، ومما يدخل من النصوص فى مجال ضرورة إعمال قواعد التفسير لبيان معناه عند فقهاء الشريعة الغراء، التخصيص الذى هو قصر العام على بعض أفراده . فذهب الشافعية إلى أنه بيان تفسير. وذهب الحنفية إلى أنه بيان تغيير .

ومرد هذا الاختلاف أن الحكم على دلالة العام على أفراده التى يشملها قبل التخصيص محل خلاف، هل هى دلالة قطعية أو ظنية، فهى دلالة ظنية عند الشافعية، وقطعية عند الحنفية، وبناءً على ذلك كان التخصيص بيان تفسير عند الشافعية، لأنه يفسر موجب العام ويوضح أنه يوجب الحكم فى بعض الأفراد

– الإمام / النسفى : **المرجع السابق ، الجزء الأول** ، ص١٤٧ .

[١] سورة المعارج :١٩-٢٠

٢ سورة المعارج آية {٢٠،٢١} ويرى أستاذنا المستشار بدر المنياوى أن القرآن الكريم يفسر الهلوع بالصفتين وليس أحدهما بالأخرى ، والهلوع شديد الحرص قليل الصبر .

[٣]سورة المائدة: من الآية ٣٨

التى يشملها العام فقط . وكان بيان تغيير عند الحنفية، لأن التخصيص يغير العام من القطعى إلى الظنى ، إذ أنه من المتفق عليه أن اللفظ العام بعد التخصـــيص يصبح ظنى الدلالة[1].

ويمكننا الاســتفادة من هذا الســجال الفقهى بين علماء الأصــول فى إثبات أمور هامة :

الأول : ضـــرورة التفســير على أى حال كان عليه النص، وهو ما عليه جمهور الفقه القانونى المعاصر ومحكمة النقض كما سلف القول .

و**الثانى** : أن هذا السجال يوضح صحة ما نذهب إليه من أن النص المكتوب باللغة العربية من الجائز لغوياً أن يحتمل عدة معانى، يؤدى كل منها إلى حكم مغاير .

وواضـــح فى هذه الحالة عدم صـــحة القول بأن معنى لغوياً واحداً هو الصـــحيح، ولكن الصـــحيح أن يقال أننا نرجح اختيار أحد هذه المعانى اللغوية ونفضل الأخذ بما يفضى إليه من حكم لاعتبارات كثيرة نتبينها عند الحديث عن قواعد التفسير فى المناهج المختلفة، نذكر منها على سبيل المثال تطور المجتمع ثقافياً أو تغير الظروف السياسية، وقد يكون العرف سبباً لهذا الترجيح .

وترتيباً على ما سبق فمن الممكن تصور عدول المفسر قاضياً كان أو فقيهاً عن المعنى اللغوى الذى كان يراه إلى معنى لغوى آخر لذات العبارة إذا ما تغير المقتضـى[2]. وفى هذه الحالة يقال أن التفسـير الملائم هو الصـحيح فقط. ذلك بأنه وإن صح من جهة اللغة المدلولان لذات النص إلا أن التفسير الصحيح لأى نص ليس فقط الصـحيح من جهة اللغة، فالتفسـير كما سـنرى عملية مركبة تبدأ من المدلولات اللغوية ولكن لا تنتهى عندها .

---

[1] د/ بدران أبو العينين بدران : **بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه** ، **المرجع السابق** ، ص١٤٨ وما بعدها .

– الإمام / أبو حامد الغزالى : **المستصفى** ، **الجزء الأول** ، ص٩٧ .

– الإمام / محمد بن على الشوكانى : **المرجع السابق** ، ص١٤٢ .

– الشيخ / محمد الخضرى : **أصول الفقه** ، ص٢٢٠ .

[2] لم ينتبه بعض الفقه العربى إلى الاختلافات بين اللغات الأجنبية واللغة العربية ، فنقلوا عن بعض الفقه الإنجليزى والفرنسـى رأياً مؤداه أن " النص " لا يكون له سـوى معنى لغوى واحد صـحيح ، ولا يتصـور وجود أكثر من معنى لغوى صحيح لنص واحد . غير أننا أثبتنا عدم صحة هذا الرأى بالنسبة للغة العربية ، وسنعود لتفصيل المسألة عند دراسة نظرية النص الواضح بالفصل الثانى من هذا الباب .

و**الثالث** : يتيح لنا هذا السـجال الفقهى الوقوف على بعض مما نحشـده من أدلة أصـــولية على **اقتراحنا الخاص بضـــرورة أن تفرق محكمة النقض عند نقضـها للأحكام بين حالتين من حالات الخطأ فى تأويل القانون طبقا للمادة ٣٠ من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض :**

الحالة الأولى وهى المتمثلة فى الخطأ فى التأويل بمعناه الصحيح طبقاً لقواعد التفسير الأصولية، وهو ما يمكن إطلاق الحكم عليه بأنه خطأ فى تطبيق القانون .

والحالة الثانية، التى نقترح على المحكمة العليا إظهار ها وتمييز ها من الحالة الســابقة، وهى مخالفة الحكم المنقوض لمذهب المحكمة العليا التفســيرى المختار حتى لو لم يخالف قواعد التفســير الصــحيحة، وفى هذه الحالة يعد خطأ الحكم المنقوض ليس لمخالفة قواعد التفسير والتأويل الصحيحة، وإنما يتمثل فى مخالفته مبادئ المحكمة العليا الســارية ، مما يعرض الاســتقرار القانونى للاضــطراب. ومحكمة النقض وظيفتها حماية ذلك الاســتقرار بتوحيد المبادئ القانونية المطبقة، ومن بينها مبادئ التفسير وما تؤدى إليه من فهم للنصوص[١].

- <u>الخلاصة: فى الصلة بين التفسير والبيان والاجتهاد فى الشريعة الغراء:</u>

إن دراسة مدلول كل من التفسير والبيان فى الشريعة الغراء والقانون، ومدى أخذ محكمة النقض بمفاهيم البيان الشرعية سوف نقوم بها فى المبحث الخامس من هذا الفصل، والذى يعنينا الآن أن نحدد العلاقة بين البيان وبين ما نريده من تفسير النصوص، ونعنى بالنصوص، فى هذا الجزء، نصوص الكتاب والسنة الصحيحة، وبالتفسير بيان معانى الألفاظ ودلالتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص. ومن ثم يمكننا تطبيق المناسب من هذه القواعد لبيان النصوص القانونية.

---

١ عرضنا بشئ من التفصيل لاقتراحنا الوارد بالمتن فى الباب الأول عند الحديث عن دور محكمة النقض ، وكان مرادنا فى هذا الموضع الإشارة إلى الحجة التى نستند إليها من قواعد الأصول بمناسبة التعرض لها . وقد تعرضنا للموضوع فى أكثر من التعرض للمسألة الواحدة فى أكثر من موضع لتبيان زوايا مختلفة لها . وقد رأينا أن ذلك الأسلوب لا يتنافى مع أصول البحث العلمى الصحيح لتناسبه مع الطبيعة الخاصة لموضوع الدراسة والطبيعة المتميزة لعلم التفسير بصفة عامة .

إن الأوجه الثلاثة من البيان: التقرير والتغيير والتبديل من البيان، كلها مبينة من قبل الشارع الحكيم، وليست من عمل المجتهد ولذلك فيقتصر عمله على البحث عن وجودها، فلا علاقة لها بإزالة خفاء أو إيضاح إبهام من قبله[1].

أما بيان التفسير، وهو بيان ما فيه خفاء، فينطوى تحته بيان الشارع للمجمل، وبيان المجتهد لبقية أحوال الخفاء، وهو ما يتسع للكشف عن المعانى وإظهارها وتبيينها، وإذا كان لابد لمن يقوم بتفسير النص من معرفة ما وقع لهذا النص من أوجه البيان، فإن العلاقة المباشرة هى بيان التفسير، والتفسير بالمعنى الذى أردناه مرتبط تمام الارتباط بإزالة الغموض إن وجد، فمن وظيفة المفسر أن يعمل بالبحث والاجتهاد على إزالة الغموض. ولقد يكون من عمله إدراك ما إذا كان هناك بيان من الشارع لما يريد تفسيره. وعند ذلك يكون عمل المفسر هو الاجتهاد فيما وراء المسألة التى صدر فيها بيان عن الشارع[2]. وهذا يبين مدى الصلة بين التفسير والبيان والاجتهاد.

وللوصول إلى بيان صحيح للنص ككل، بلوغاً إلى الاجتهاد الصحيح عند النظر فى النص، فإنه يجب إعمال مجموعة من القواعد والأوجه وثيقة الصلة بعلم اللغة العربية، **ومن ثم تصبح النتائج التى تؤدى إليها واجبة الإعمال على النصوص القانونية الوضعية، كما هو الحكم بالنسبة للنصوص الشرعية.** ويمكننا تلخيص هذه القواعد والأوجه، التى تبين ضرورة التفسير حتى عند النظر إلى النص كمجموعة من الألفاظ ، على النحو التالى:

---

[1] – د / بدران أبو العينين بدران : **بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه، المرجع السابق**، ص١ وما بعدها.

- الإمام الشاطبى : **الموافقات لأصول الأحكام** ، الجزء الرابع، طبعة السلفية بمصر ١٣٤٣،ص٢٤،٣.
- الإمام / أحمد ابن حزم : **الإحكام فى أصول الأحكام** ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، ١٣١٩هـ، مطبعة السعادة ، ص٢٧ .
- الشيخ / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص٢٨٥ .
- انظر فى تفصيل الدلالات فى الفقه الإسلامى د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٢٦.
- د/ محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٢٤، ٢٥ .

[2] – ابن أمير حاج: **المرجع السابق** ، ص ٣٥ .

- الإمام / محمد بن على الشوكانى : **المرجع السابق** ، ص١٦٨ .
- الشيخ / أبو الحسن سيف الدين الآمدى : **الإحكام فى أصول الأحكام** ، الجزء الثانى ، مطبعة دار المعارف ، ص١٧٧ ،١٧٨.
- د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص٢١.

أولاً : معرفة مرامى الألفاظ التى منها الواضح ومنها المبهم، وإن كان الواضح لا يخلو من احتمالات كما يقول البعض .

ثانياً : منه معرفة دلالات الألفاظ على الأحكام، حيث تتعدد وجوهها ومناحيها، فليس كل نص تكون دلالته من العبارة بل الدلالات من غير العبارة متعددة من إشارة واقتضاء، وإن شئت فقل: فيها المنطوق وفيها المفهوم .

ثالثاً : منه إدراك معانى الألفاظ فى حالات عمومها، واشـــتراكها كيف يكون شـــمولها، ونوع دلالتها على ما تشـــمل من أفراد، كذلك فى حالات خصوصها حين يكون اللفظ مطلقاً أو مقيداً.

رابعاً : منه إذا كانت الصيغة نهيا ما هو أثر النهى فى المنهى عنه .

خامساً : منه ما يتعلق بصيغة التكليف فى أمر أو نهـــى من حيث علاقة المطلق بالمقيد، ومن حيث دلالة صيغة التكليف، والعمل الذى فى حدوده يخرج المكلف من دائرة التقصـــير ويعد داخلاً فى دائرة الامتثال ، وإذا كانت الصيغة نهياً ما هو أثر النهى فى المنهى عنه.

ومن هنا يبدأ عمل المجتهد فتكون منافذ الاجتهاد مفتحة أمامه لبيان ما فيه خفاء فى ظل ما يطلق عليه فقهاء الأصـــول ببيان التفســـير، وهو ما حاولنا أن نلقى الضوء عليه بما يتناسب مع هدف هذه الدراسة. وعلى ذلك، فإن الاجتهاد عمل جامع لما يقوم به المجتهد عند استعماله للمكنات اللغوية والمنطقية المتاحة له للقيام بعملية التفسير، والتى تتضمن بيان النصوص.

المبحث الرابع

القواعد الأصولية الشرعية فى الفقه القانونى الغربى

نظرية التفسير فى الشريعة الإسلامية كما يراها فقهاء القانون الغربيين

اهتم الفقه الغربى منذ الحملة الفرنسية بالتعرف على النظام القانونى الإسلامى، وخاصة الجوانب التى ليس لها مقابل فى الفقه القانونى الغربى، ولذلك كان علم أصول الفقه وما يحويه من قواعد ومبادئ التفسير من المواد التى بهرت علماء الغرب المنصفين، وجعلت نابليون يدون تقنينه المدنى الفرنسى الشهير على غرار ما ألفاه عند علماء الشريعة .

ويرجع البعض محاولة الغرب تقديس النصوص القانونية القديمة لديهم، ومحاولة التشبث بها والشرح على متونها إلى أنه نوع من المحاكاة لطريقة وأسلوب علماء الإسلام فى تفسيراتهم للقرآن الكريم، وكتب الحديث الشريف، وحواشيهم العلمية على مؤلفات مشايخهم[١] .

ولكن استفادة علماء الغرب من علوم الإسلام فى مجال القانون سرعان ما استدعت الغيرة والكبرياء لدى فريق من المستشرقين ، لمس هذا الإعجاب والانبهار الذى يبديه رجال القانون والقضاء فى الغرب لنظريات قانونية إسلامية مثل نظرية الشفعة فى القانون المدنى، ولطرائق الاستنباط والاستدلال، وتسبيب الأحكام فى النظام القضائى الإسلامى، فعكف هؤلاء المستشرقين أصحاب الهوى والغرض على طمس الصلة بين النظام القانونى الإسلامى وبين النظريات والمبادئ التى نقلت إلى الغرب من هذا النظام العظيم .

ولم يقف دور هذا النفر من المستشرقين عند حد إنكار فضل النظام القانونى الإسلامى على النظام القانونى الغربى الحديث، الذى بدأ فى عهد نابليون بعد مقدمه إلى مصر، بل تعدى موقفهم إلى محاولة تشويه صورة النظام القانونى الإسلامى عند نقله إلى كتب الفقه الغربى، ومحاولة تصويره لدى القارئ الغربى على كونه نظام قاصر لا يصلح للإعمال فى العصر الحديث .

وقد وفق الله كوكبة من علماء ودارسى القانون فى مصر وبلاد العرب والإسلام بصفة عامة إلى الرد على هؤلاء المغرضين وأصحاب الأهواء من المستشرقين، وقام فقهاء الشريعة فى الأزهر الشريف وغيره من علماء الإسلام

---

[١] د/ عبد الرازق السنهورى : **الوسيط فى شرح القانون المدنى** ، **المرجع السابق** ، ص ٥ وما بعدها.

- Ali, Mohamed Mohamed Yunis, "**Medieval Islamic Pragmatics**", Richmond: Curzon Press, ٢٠٠٠, p. ٤٥.

بالعكوف على دراسة القانون الغربى الحديث، وإثبات أوجه قصوره بالمقارنة بالحلول الشرعية المقابلة فى ذات المسائل[١] .

كما قام نفر من الباحثين الجادين[٢] بمعاودة وصل من انقطع من نسبة فضل الشريعة الإسلامية على القانون الغربى فى أخذه بكثير من أحكامها بأبحاث مستفيضة، أبطلت حجج المغرضين بطريقة علمية بعيدة عن العاطفة أو الميل. هذا وقد ضعفت وتيرة الحملة الجاهلة الجاحدة لفضل الشريعة الإسلامية، من الوجهة العلمية، على نظام القانون الغربى الحديث.

وقد اهتم نفر من الباحثين فى الفقه القانونى العربى بالرد على حملات المستشرقين غير المنصفة ، والتى لا يخفى مجافاتها لأصول البحث العلمى السليم وعدم حيدتها، ولم نشأ ذكرها لعدة أسباب، أولها: رغبتنا فى لفت النظر إلى نقاط الاتفاق ، وإيجابيات البحث المقارن المفضى إلى التقارب النافع بين الأنظمة التزاماً منا بخطتنا فى هذه الدراسة، كما سلف بيانه فى المقدمة، وثانيها: أن الفقه القانونى الغربى الحديث أصبح أكثر اطلاعاً وفهماً وحيدة وإنصافاً فى عرض وبيان الأفكار الشرعية القانونية[٣].

ومن ثم فنحن نحاول إلقاء الضوء على ما احتوته بعض كتب الفقه الغربى الحديثة من مواطن اهتماماتهم ببعض المسائل فى الفقه الأصولى الإسلامى.

فيركز بعض فقهاء القانون فى الغرب عند حديثهم عن نظرية التفسير فى الشريعة الإسلامية على عدة مفاهيم أساسية هامة:

---

١ – **من أهم هذه الدراسات فى مجال التفسير** :

– د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٥.

– ومن أهم هذه الدراسات باللغة الإنجليزية :

- Ali, Mohamed Mohamed Yunis. **op cit**., p.٤١-٧٧.

- Gleave, R. and E. Kermeli. Eds., "**Islamic Law: Theory and Practice**", London: I.B. Tauris, ١٩٩٧, p. ٧٥.

٢ – يعتبر خير مثال لهذا الاتجاه الفقهى د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٣١ – ١٣٢ على سبيل المثال . حيث يتحدث سيادته عن فكرة تعدد الجرائم وآثارها ويثبت سبق فقهاء الأصول المسلمين بتقعيدها وترتيب الآثار الصحيحة عليها . ويبرز كذلك فكرة موانع العقاب . ويقارن بين آراء فقهاء الأصول والفقهاء الغربيين فى عرضهم لها .

٣ - Ali, Mohamed Mohamed Yunis, **op cit.**, p.٧,١٠.

- R. Gleave and E. Kermeli, **op cit.**, p.١٨٥.

أولاً : السر فى تقدم علم التفسير الإسلامى منذ نزول الإسلام عبر العصور المختلفة، ويرجعون ذلك إلى أن حياة المسلم بكل جوانبها المتعددة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسيره للنصوص القرآنية والأحاديث القدسية والأحاديث النبوية الشريفة[1].

ثانياً : أن المسلمين يؤمنون بأن القيم والمبادئ والأحكام المستمدة من القرآن والسنة صالحة لكل زمان ومكان، وقابلة للتطبيق فى كل المجتمعات البشرية .

ثالثاً : أن التفسير بمفهومه الواسع يشمل النظر ليس فقط فى النصوص القولية، إنما أيضاً فيما يطلق عليه الأفعال القولية، أى أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه، فيتبع فى النظر فيها وتفسيرها، واستنباط الأحكام منها ذات المبادئ والقواعد التى تفسر بها النصوص المكتوبة، وهذه من خصوصيات الفقه الإسلامى التى تسوى بين أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم وأفعاله وتقريراته، وكذلك أفعال أصحابه وأقوالهم .

رابعاً : يؤكد بعض الفقهاء الغربيين[2] عند دراستهم لقواعد التفسير كجزء من علم أصول الفقه الإسلامى **Principles of Fiqh** على التمييز بين الفقه والفهم كمصطلحين يلقيان الضوء على مدلول التفسير، فهذا التمييز يفترض ابتداءً أن هناك فرق بين المعنى والقصد، فالفقه عند علماء الشريعة كما ينقل عن الإمام ابن القيم الجوزيه أكثر دقة من الفهم ، لأنه أكثر تحديداً **More Specific** من الفهم بمعناه العام.

ومن ثم فإن الفقه يعنى بالضرورة الفهم، ولكن الفهم لا يعنى بالضرورة الفقه، أو بعبارة أخرى، فالفهم مبنى على فهم النص، بينما الفقه مبنى على فهم استخدام النص[3].

---

[1] -M. Cherif Bassiouni, " **The Islamic Criminal Justice System** ", Oceana Publications, ١٩٨٢.

[2] - Ali, Mohamed Mohamed Yunis, **op cit.**, p.٥٠.

- Gleave, R. and E. Kermeli. Eds., **op cit.**, p. ٧٧.

[3] M. Cherif Bassiouni, **op cit.**, p. ٢٥.

ويركز فريق من الفقهاء على فريق الظاهرية الذين يلتزمون بحرفية النص **literalists** ، ويتبعون المعنى السطحى للنصوص، وبين الفقهاء الذين يبحثون عن مقاصد الشريعة ومعانى الخطاب[١].

ونحن كما بان من العرض السابق، قد التفتنا عن ذكر هذه التيارات الفكرية الغير علمية بتفصيلاتها ، فقد كفانا من سبقنا من الباحثين عناء الرد على هذه الاتجاهات، ومن ناحية أخرى، وأخذاً بالمنهج الذى نتبعه فى هذه الدراسة، فنحن نركز على عوامل ونقاط الاتفاق بين الأنظمة القانونية لنحدث التراكم المنشود لإيجابيات كل الأنظمة، ونظهر وحدة الحلول القانونية لكثير من المسائل التى تثور فى كافة المجتمعات الإنسانية .

وأخيراً فإن غايتنا فى هذه الدراسة أن نضيف جديداً ما استطعنا، ونكتفى فى سرد ما سبقنا من الآراء والأفكار بما هو ضرورى للبناء عليه. وبناءً على كل ما تقدم، فقد حاولنا إلقاء الضوء على النظرة الجديدة، الإيجابية، التى يرى بها فقهاء القانون فى الغرب مبادئ الشريعة الإسلامية فى علم التفسير .

١ R. Gleave and E. Kermeli, **op cit.**, p. ٧٩

المبحث الخامس

مدى أخذ محكمة النقض بالمفاهيم الشرعية الأصولية لأنواع البيان ودلالاتها[1]

بعد العرض السابق لأنواع البيان ودلالاتها عند فقهاء الشريعة الغراء، فإنه حرى بنا أن نستقرئ أحكام محكمة النقض سواء الصادرة من دوائرها المدنية، أو تلك الصادرة من دوائرها الجنائية، لنستبين أولاً مدى تطابق المفاهيم الشرعية الأصولية مع مفاهيم البيان التى تستند إليها المحكمة العليا عند تفسيرها للنصوص التشريعية. ولنستبين ثانياً من استقراء أحكام المحكمة العليا مدى استخدامها الصريح والمباشر لتلك القواعد الأصولية فى أحكامها .

وسنقوم ببيان مدى أخذ محكمة النقض بالمفاهيم الشرعية الأصولية لأنواع البيان ودلالاتها من خلال دراسة :

أولاً : مدى إعمال المحكمة العليا قواعد النسخ الأصولية .

ثانياً : نحاول إلقاء الضوء على خطة محكمة النقض فى الجمع والتنسيق بين النصوص .

ثالثاً : نقوم ببيان مدى استخدام المحكمة العليا لطريقة الترجيح كحل لأوجه التعارض الظاهرى بين النصوص .

رابعاً : نبين مدى التزام محكمة النقض بما هو مقرر عند الأصوليين من أنه يتعين صرف ألفاظ النص إلى معناها الاصطلاحى دون اللغوى .

خامساً : نحاول الإجابة عن تساؤل مؤداه هل أخذت محكمة النقض بمفهوم حمل النص الواضح على ظاهره .

سادساً : نبين مذهب محكمة النقض التفسيرى بشأن تخصيص النص العام أو تقييد النص المطلق .

سابعاً : بالنسبة للقواعد الأصولية الخاصة بالتدرج التشريعى من حيث قوة الإلزام عند التفسير والتطبيق للنصوص، فهل التزمت بها محكمة النقض .

---

[1] يعد هذا الجزء من جوانب الاجتهادات الجديدة فى هذه الدراسة ، فعسى أن أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وعرضها .

ثامناً : هل أعملت محكمة النقض ما قرره فقهاء الشريعة الغراء من الأخذ بمفهوم الموافقة فى بيان النصوص .

تاســـعاً : ومن ثم نتابع البحث فيما هل أخذت محكمة النقض ما قرره فقهاء الشريعة الغراء من الأخذ بمفهوم المخالفة فى بيان النصوص.

عاشراً : ثم نحاول الوقوف على مدى تأثير الشروط على توافر الأحكام .

الحادى عشـر: هل تستشـعر محكمتنا العليا ما قرره فقهاء الشـريعة من تنوع قوة الدلالات المختلفة فى النص عند التفسير .

وفيما يلى بيان تفصيلى لكل منها :

أولاً : بالنسبة لإعمال قواعد النسخ الأصولية :

فقد استقرت محكمة النقض على ما يوافق القاعدة الأصولية العامة فى هذا الصدد، فقررت أنه "إذا كان المقصود بإلغاء التشريع ونسخه، هو رفع حكم قانونى بحكم قانونى آخر متأخر عنه، بما يترتب عليه إبطال العمل بالتشريع الأول، وتجريده من قوته الملزمة، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن يتم ذلك النسخ بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة، أو يدل عليه ضمناً بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق وأن قرر قواعده، وكان من الجائز أن يتم إلغاء التشريع إما عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه، أو بالاقتصار على إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد، بمعنى أنه لا يلزم أن يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ.... مما يدل على أن الفقرة. من المادة.. من قانون المرافعات ظلت منسوخة ضمناً اعتباراً بوجود تعارض بين نصين وردا على محل واحد مما يستحيل معه إعمالهما معاً ، فيعتبر النص الجديد ناسخاً للنص القديم وملغياً له "[1].

واستكمالاً لبيان محكمة النقض لخطتها فى إعمال النسخ فى مجال التفسير بالضوابط ذاتها المقررة عند فقهاء الشريعة الغراء، فقد استقر قضاء دوائرها الجنائية على أن "من المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساو له فى مدارج التشريع، ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع "[2]. هذا وهناك بعض القواعد التى صارت عليها

---

[1] – جلسة ١٩٧٥/١١/٥ ، نقض مدنى سنة ٢٦ ص ١٣٦٦ .

[2] – جلسة ١٩٧٥/٦/٢٢ ، نقض جنائى سنة ٢٦ ص ٥٢٨ ، **خاص بجرائم التعامل فى النقد الأجنبى** .

محكمة النقض، والتى قد توحى بقدر من عدم المطابقة مع المبادئ الشرعية الأصولية المنظمة للنسخ[1].

وقد رأينا أن من الأوفق لهذه الدراسة تناول الموضوع فى أكثر من موضع إظهاراً لزوايا مختلفة فى عملية التفسير التى تقوم بها محكمة النقض. ومن ثم وجرياً على هذا المنطق نحيل فى دراسة ما تبقى من قواعد النسخ إلى الجزء المخصص لبحث المنهج التاريخى فى التفسير، وللجزء الذى جعلناه وقفاً على تحليل أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية لمحكمة النقض. وأخيراً ما قمنا باستقرائه وتحليله من أحكام محكمة النقض الجنائية فى تطبيقها لقواعد النسخ الصريح والضمنى فى المبحث الخاص بالتعارض بالباب الثانى .

وحسبنا هنا إيضاح ما أردناه من التزام محكمة النقض بصفة عامة، بقواعد النسخ المقررة فى الشريعة الغراء .

ثانياً : بالنسبة لخطة محكمة النقض فى الجمع والتنسيق بين النصوص، أو الترجيح بينها كحل لأوجه التعارض الظاهرى بين النصوص بصفة عامة[2]:

فقد برعت محكمة النقض، بلا شك، فى الجمع والتوفيق أو الترجيح بين النصوص، واتخذت مطيتها التى أوصلتها إلى هذا التمكن قواعد أصول الفقه الخاصة بالجمع بين النصوص، والذى درج الفقه المعاصر على بحثه تحت مسمى العامل التنسيقى بين النصوص كأحد أساليب المنهج المنطقى فى التفسير. وكذلك القواعد الأصولية الخاصة بالترجيح بين النصوص، ولكن حديث فقهاء القانون يعد مختصراً، وبشكل لا يمكن مقارنته من حيث الدقة أو الإسهاب مع ما انتهى إليه فقهاء الشريعة.

– جلسة ١٩٧٢/٣/٦ ، نقض جنائى سنة ٢٣ ص ٣٠١ ، **خاص بجرائم تداول المواد المخدرة الواردة بجدول الممنوعات .**

– جلسة ٣/٢٩/ ١٩٧١، نقض جنائى سنة ٢٢ ص ٣٤٠ ، **خاص بجرائم خلو الرجل والتعامل بأجرة المساكن .**

[1] وقد رأينا تناول هذا الموضوع بشئ من التوسع و التحليل من زوايا متعددة فى المبحث الخاص بالتعارض وحلوله لما لنا فيه من اجتهاد جديد .

[2] ذات الملاحظة السابقة نرددها بشأن هذا الموضوع .

ولأهمية موضوعى الجمع بين النصوص والترجيح بينها، فقد واليناهما بالدراسة فى أكثر من موضع، ولكن من زوايا مختلفة ومتعددة بحسب طبيعة كل جزء من البحث، بما يحقق الهدف المبتغى من إلقاء نظرة شاملة ودقيقة على اتجاهات القضاء الجنائى المصرى فى التفسير ومدى التزامه بالقواعد الأصولية الشرعية فى هذا الصدد .

وبادئ ذى بدء فقد استقر قضاء محكمة النقض عند تعارض النص الخاص مع النص العام على ما يوافق ما هو مقرر فى أصول الفقه[١]فى هذا الشأن، إذ قضت بأن "وجود قانون خاص لا يجوز الرجوع إلى قانون عام إلا فيما فات القانون الخاص"، وكذلك تقول محكمة النقض بأن "من المقرر قانوناً أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلى أحكام القانون العام، إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام، ولا يجوز إهدار القانون الخاص لإعمال القانون العام، فإن ذلك فيه منافاة صريحة للغرض الذى من أجله وضع القانون الخاص"[٢].

وقضت كذلك المحكمة العليا فى ضبط الحدود النهائية لما يجوز وما لا يجوز عند الجمع بين النصوص بأنه "إذا كان تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار جريمة القتل الخطأ التى تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر، والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات، أخف من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص، والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤، فإن هذه المفارقة قد تصلح سنداً للمطالبة بتعديل التشريع، ولكن لا يجوز التحدى بها للجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منهما أشد من العقوبات المقررة فى النص الصريح الواجب التطبيق"[٣].

ثالثاً: بالنسبة لالتزام محكمة النقض بما هو مقرر عند الأصوليين[٤]من أنه يتعين صرف ألفاظ النص إلى معناها الاصطلاحى دون اللغوى:

---

١ ذات الملاحظة السابقة نرددها بشأن هذا الموضوع .

٢ جلسة ١٩٤٢/٦/١١، نقض مدنى ، سنة ٣، ٨٧٩ .

٣ – جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٩ ص ٢٣٣ .

– جلسة ١٩ /١٩٦٧/١٢ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٨ ص ١٦٨٦ .

– جلسة ١٩٧٣/٤/٢٢ ، **نقض جنائى** ، سنة ٢٤ ص ٥٣١.

٤ – جلسة١٩٥٩/٥/١٩ ، **نقض مدنى** ، سنة ١٠ ص ٧١٠ .

فكما سبق القول ، ما دام لا توجد قرينة لصرف المعنى إلى المدلول اللغوى ، فقد قررت فى قضائها أنه " تعتبر نصوص قانون التأمينات الاجتماعية الصادرين بالقانونين ٩٢ لسنة ١٩٥٩ و٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، قد خلت مما يشعر بتحول المشرع عن مدلول ذلك المصطلح ، فإنه يتعين التزام هذا المعنى فى تفسير نص المادة الثانية من القانونين الأخيرين ، لأن الأصل فى قواعد التفسير أن المشرع إذ أورد مصطلحاً معيناً فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه"[١].

رابعاً : بالنسبة لما هو مقرر فى قواعد البيان الشرعية[٢] من حمل النص الواضح على ظاهره :

فقد أخذت محكمة النقض بهذا المفهوم التفسيرى ، فقررت أنه " إذا كانت عبارة النص واضحة المعنى فلا يجوز الانحراف عنها ، أو البحث عن حكمة التشريع ودواعيه ، أو التحدى بالعمال التحضيرية ، أو عنوان القانون"، وقد قضت أيضاً بأنه " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى ، فإن البحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل "[٣].

وقد قضت كذلك بأنه "متى كان النص واضحاً جلى المعنى قاطعاً فى الدلالة على المراد منه، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته؛ لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، مما يكون معه القاضى مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه.

ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم"[٤].

---

[١] - جلسة٢٢/٦/١٩٧٤ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٥ ص ١٠٩٥ .

[٢] - جلسة٢٢/٦/١٩٧٤ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٥ ص ١٠٩٥ .

[٣] - جلسة١٤/١١/١٩٦٠، **المرجع السابق** ، سنة ١١ ص ٧٨٢ .

- الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٦/٤/١٩٧٧.

[٤] - جلسة ١٩/٢/١٩٦٨ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٩ ص ٢٣٣ .

- جلسة ١٩/١٢/١٩٦٧ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٨ ص ١٦٨٦ .

- جلسة ٢٢/٤/١٩٧٣ ، **نقض جنائى** ، سنة ٢٤ ص ٥٣١ .

وبأنه "متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى، فالبحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل، وإنما يكون ذلك عند غموض النص، أو وجود لبس فيه، مما يكون معه القاضى مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه"[١].

خامساً : بالنسبة لمذهب محكمة النقض التفسيرى بشأن تخصيص النص العام[٢]أو تقييد النص المطلق :

فقد جرت خطتها على ذات النهج الأصولى الشرعى فى هذا الصدد، فقد قضت بأن "تعارض النص الخاص مع النص العام، وجوب تطبيق النص الخاص"[٣].

واستقر قضاء المحكمة العليا على أن "النص العام لا يلغى ضمناً النص الوارد فى قانون خاص"[٤].

وعلى أن "الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة، وهى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص، وهو ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها، وأنه متى كان النص عاماً مطلقاً، فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه، إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت النص عن طريق التأويل".

وقضت كذلك "بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"[٥]، كما قررت فى حكم آخر لها أنه "لا محل للاستشهاد بحكم المادة ٦٨ من القانون رقم ٩٢

---

[١] – جلسة ١٩٤١/٥/١ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢ ص ٨٧٩ .
– جلستى ١٩٦٠/٦/٢٧ ، ١٩٦٠/١١/٢٨ ، **نقض جنائى** ، ١١ سنة ، ص ٦١٠ ، ٨٢٣ .
– جلسة ١٩٥٩/٥/١٩ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٠ ص ٧١٠.

[٢] – جلسة٦/٤/١٩٧٧ ، **نقض مدنى** ، سنة ٤٣ ص ٥٥٥ .

[٣] – الطعن رقم ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٤.

[٤] – الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٣.

[٥] – جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٢ ، ٦١ لسنة ٨٢ ، **نقض جنائى** ، سنة ٩ ص ١١٠١ .
– جلسة ١٩٦١/٢/١٢ ، نقض جنائى ، سنة ١٢ ص ١٩٦ .

لســنة ١٩٥٩بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٣ لســنة ١٩٦١، والتى تقضــى بأن تصرف للمستحقين عن المؤمن عليه فى حالة فقده معونة تعاد معاش الوفاة، ذلك أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٧١ مكرراً هو نص استثنائى على ما سلف البيان، فلا يجوز التوسع فى تفسيره عن طريق القياس، أو الاستنتاج من باب أولى كما ذهب الحكم المطعون فيه[١]".

وقد جرى قضاء محكمة النقض كذلك على أن "التشريع الصادر لفترة محددة ينبغى أن يتضمن تحديداً صريحاً لها، فلا يكفى أن يكون التحديد ضمنياً مستفاداً من ظروف وضع التشريع وملابساته"[٢]. وحسبنا فى سوق هذا الحكم على ما أردنا التدليل عليه من اتباع محكمة النقض للقواعد الأصولية[٣]، بشأن تحديد طريقة تفسير النصوص الخاصة والعامة والاستثنائية، ونترك التعليق على ما ورد بحكم المحكمة العليا من إطلاقها القول بعدم جواز التوسع فى التفسير للنص محل الحكم بإعمال القياس أو الاستنتاج من باب أولى إلى الموضع المناسب من هذه الدراسة[٤].

سادساً : بالنسبة للقواعد الأصولية الخاصة بالتدرج التشريعى[٥]من حيث قوة الإلزام عند التفسير والتطبيق للنصوص :

فقد التزمت بها محكمة النقض، فقررت أنه "لا يصح الاعتداد بالتعليمات فى مقام تطبيق القانون"[٦].

– جلسة ١٩٦٠/١١/١٤ ، **نقض جنائى** ، سنة ١١ ص ٧٨٢ جلسة.

[١] – جلسة ١٩٧٢/٣/١٥ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٢ ص ٤١٨ .

– جلسة ١٩٧٤/١١/٦، **نقض مدنى** ، سنة ٢٥ ص ١٢٠٨.

[٢] – جلسة ١٩٦٨/٦/١٧ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٩ ص ٧٠١ .

[٣] – جلسة١٩٧٤/٦/٢٢ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٥ ص ١٠٩٥ .

٤ قمنا ببحث ما تردد فى أحكام المحكمة العليا بصفة مضطردة من حظر القياس والتفسير الواسع للنصوص الجنائية ، وأظهرنا عدم صحة هذا الإطلاق فى الحكم بالحظر ، وأن المحكمة ذاتها لم تلتزم به . وسقنا المبررات التى نراها دفعت المحكمة لترديد هذه العبارات رغم عدم التزامها بمضمونها . وقد فصلنا هذه المسائل فى الفصل الخاص بمحكمة النقض بالباب الثانى ، وأتبعناها أيضاً بالذكر من زاوية أخرى فى الباب الأخير الخاص بتكملة القضاء للنقص فى التشريع.

[٥] – جلسة١٩٧٥/١١/٥ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٦ ص ١٣٦٦ .

[٦] – جلسة١٩٦٧/١١/٢٠ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٨ ص ١١١٣

– جلسة ١٩٦٥/١٠/٤ ، **نقض جنائى** ، سنة ١٦ ص ٦٥٧

سابعاً : بالنسبة لما قرره فقهاء الشريعة الغراء[1] من الأخذ بمفهوم الموافقة فى بيان النصوص :

فقد أعملته محكمة النقض إذ قضت المحكمة العليا بأنه "إذا كانت المادة ٤٦ من القانون ذاته تجيز تفتيش المتهم فى الحالات التى يجوز فيها القبض عليه قانونياً، ومن ثم فإنه إذا أجاز القانون القبض على شخص جاز تفتيشه، وإن لم يجز القبض عليه لم يجز تفتيشه وبطل ما أسفر عنه القبض والتفتيش الباطلين[2].

ثامناً : مدى الأخذ بمفهوم المخالفة فى بيان النصوص :

بالنسبة لما قرره فقهاء الشريعة فى هذا الصدد فقد أخذت به محكمة النقض، إذ قضت بأن "المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن المادة الخامسة مكرر ٤ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، بشأن إيجار الأماكن والمضافة، بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨، إذ نصت على أنه "... لا يسرى التخفيض المشار إليه فيما تقدم بالنسبة إلى ما يأتى ، أولاً: المبانى التى يبدأ فى إنشائها مع العمل بأحكام هذا القانون ... "فقد دلت بمفهوم المخالفة على أن مقصود الشارع منها أن يدخل فى نطاق تطبيقها المبانى التى بدئ فى إنشائها قبل ١٩٥٨/٦/١٢ ، تاريخ العمل به، سواء أعدت للسكنى قبل أو بعد هذه التاريخ"[3].

تاسعاً : مدى تأثير الشروط على توافر الأحكام :

أخذت المحكمة العليا بالمستقر فى علم أصول الفقه، فقضت بأن "تعليق القانون حكماً من الأحكام على شرط، أثره، اعتباره عنصراً من عناصر الحق ذاته، عدم ثبوت الحكم المشروط إلا عند تحقق شرطه باعتبار أن الأثر لا يسبق المؤثر "[4].

عاشراً : اعتداد محكمة النقض بأحكام البيان فى أوصاف الألفاظ :

فلكى يتضح المعنى المقصود من اللفظ فى حالة غموضه أصبح على القاضى أن يختار المعنى الذى يقصده المشرع، وذلك لأن اللفظ الغامض يحتمل الدلالة على أكثر من معنى. ومن ذلك أن **يكون اللفظ خفيا** أى يدل على معناه

– جلسة ١٩٧٤/٤/٢٠ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٥ ص ٧١٣.

[1] – جلسة١٩٧٤/٦/٢٢ ، **نقض مدنى** ، سنة ٢٥ ص ١٠٩٥ .

[2] – جلسة ١٧ /٢٠٠٠/١ الطعن رقم ٢٣٧٦٥ لسنة ٦٧ ق .

٣ الطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧ .

[4] الطعن رقم ١١٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩

دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموضاً وخفاءً لزيادة ونقص فيها عن المعنى المعبر به باللفظ الأصلى .

ومن أمثلة الخفاء فى ألفاظ بعض النصوص فى قانون العقوبات تطبيق جريمة السرقة على سارق التيار الكهربائى، ومرجع الخفاء أن الشارع قد عرف السرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير، والمقصود بالمنقول الشئ المادى الذى يمكن نقله من مكانه، مما أثار التساؤلات حول مدى تطبيق نص جريمة السرقة بالنسبة لسرقة التيار الكهربائى، وانتهت محكمة النقض إلى اعتباره كذلك لتوافر خصائص المنقول فيه[1].

والجدير بالذكر هنا أن الحديث عن إزالة الخفاء قد يكون بعدة وسائل تفسيرية، مثل تفسير النص تفسيراً واسعاً باستخدام وسائل المنهج المنطقى فى

---

[1] – انظر فى اختلاف الفقهاء فى تبرير قضاء المحكمة العليا فى مسألة سرقة التيار الكهربائى ، وهل هو قياس على النص أو تفسير واسع فحسب .

- أستاذنا د / مأمون سلامة : **شرح قانون العقوبات القسم الخاص** ، ص ٣٤٥ .
- د / محمود نجيب حسنى :**شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص : المرجع السابق** ، ص٨١٥ وما بعدها.
- د / عوض محمد : **القسم الخاص جرائم الأشخاص والأموال** ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤، ص٢٥٣.
- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٤٣ .
- فضيلة الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص١٩٨ .
- د/ عبد الفتاح الصيفى : **القاعدة الجنائية** ، المرجع السابق ، ص٢٧٣ وما بعدها .
- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥٨ وما بعدها .
- الشيخ / محمد زكريا البرديسى : **أصول الفقه** ، ١٩٨٣. دار الثقافة للنشر والتوزيع .، ص٣٩٠ .
- د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص١٥٠ ، ١٥١ .
- د / يوسف قاسم : **أصول الأحكام الشرعية الإسلامى** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥، ص٣٢٥ .

* **وانظر فى تطور قضاء النقض فى المسألة :**

- **مجموعة محمود عمر** الجزء الثانى رقم ٢٤٤ ص٢٩٨.
- نقض ١٥أبريل سنة ١٩٣٧ **مجموعة محمود عمر** الجزء الرابع رقم ٦٩.
- نقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٤ رقم ٨١ ص٢٠٥.
- نقض رقم ١٥٣ ١٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ س١٣ ص٧٨٨.

التفسير أو بإعمال القياس متى توافرت شروطه ، أو قد يكون إزالة الخفاء بعكس هذه الطرق أى بتفسير النص تفسيراً ضيقاً .

وقد نعود لبحث قضاء النقض الخاص بجريمة سرقة التيار الكهربائى ولكن من زاوية أخرى فى الباب الأخير عند الحديث عن تكملة النقص التشريعى فى النصوص الجنائية. فالحديث عن إزالة الخفاء حديث عن نتيجة بيانية أما الطريقة التى تم بها إزالة هذا الخفاء فتندرج ضمن وسائل التفسير.

وقد **يكون اللفظ مشكلاً** أى موضوعاً لأكثر من معنى كما سبق البيان، ومن ثم فهو لا يدل بطبيعته عن المراد منه بل لا بد من قرينة خارجية تحدد ما يراد منه. ومثال ذلك لفظ الليل الذى جعله المشرع ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة فلم يرد فى التشريع تعريف الليل، إذ قد يراد به الليل بمعناه الفلكى، أى الفترة من اليوم المحصورة بين غروب الشمس وشروقها، وقد يراد به أيضاً الفترة التى يسود فيها الظلام فعلاً. وقد تقلبت المحكمة العليا بين الرأيين عند إزالة خفاء هذا اللفظ المشكل باستخدام وسائل تفسير مختلفة على النحو التالى:

ذهبت محكمة النقض فى قضائها القديم[1] إلى أن "السرقة التى تقع قبيل طلوع الشمس تعتبر واقعة نهاراً، وفى ذات الاتجاه قضت بأن "ارتكاب الجريمة فى العشر دقائق التالية للغروب لا يعتبر حاصلاً ليلاً، لأن الليل لا يحل بمجرد مضى هذه البرهة اليسيرة بعد الغروب". ومفاد هذا القضاء اعتبار الليل الفترة التى يخيم فيها الظلام بالفعل، والوسيلة التفسيرية التى تمكنت بها المحكمة العليا من بلوغ غايتها فى إزالة خفاء هذا اللفظ المشكل، هى النظر فى الحكمة التشريعية من وراء النص كأحد أساليب المنهج المنطقى فى التفسير، إذ فترة الليل بهذا المعنى هى الفترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد ، نظراً لما تبعثه فى نفس الناس من الرهبة ، ونظراً لما يهبه الظلام للجانى من جرأة فى تسهيل ارتكاب الجريمة .

ولكن محكمة النقض عدلت عن هذا الاتجاه آخذة بالمفهوم الثانى للفظ الليل فقررت "أن المقصود بالليل الميقات الفلكى المحصور بين غروب الشمس وشروقها" ، وقضت مؤكدة ذات الإتجاه "بأن قانون العقوبات إذ نص على الليل ظرفاً مشدداً للسرقة ... إنما قصد به ما تواضع عليه الناس من أنه الفترة بين غروب الشمس وشروقها، ولو أراد الشارع معنى آخر لأفصح عنه كما فعل فى قانون المرافعات"[2].

---

[1] – نقض ٢٢ يناير ١٩١٠ **المجموعة الرسمية** س ١١ رقم ١٢.

– نقض ٢٦ يونية ١٩٢٥ **المجموعة الرسمية** س ١٧ رقم ٣٥.

[2] نقض ٤ نوفمبر ١٩٤٧ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٧ رقم ٤٠٧ ص ٣٩١.

والوسيلة التفسيرية التى تمكنت بها المحكمة العليا من إزالة خفاء اللفظ المشكل فى هذه الأحكام، هى الرجوع إلى المعنى السائد فى عرف الناس الذى تواضعوا عليه، ويعد هذا ميلا إلى المنهج اللغوى فى التفسير.

ولكننا نلاحظ على قضاء محكمتنا العليا فى هذا الشأن عدم استقراره على الإتجاه الثانى، إذ قضت فى وقت لاحق على الأحكام سالفة الذكر أن "توافر ظروف الليل فى جريمة السرقة مسألة موضوعية"[١]. ومن مقتضيات اعتبار الليل مسألة موضوعية النظر فى حكمة التشديد، أى الميل ثانية إلى الرأى الأول[٢].

حادى عشر : تنوع قوة الدلالات المختلفة للنص عند التفسير :

تشمل فحوى النص إشارته، ومفهومه، واقتضاءه، والمقصود بدلالة إشارة النص المعنى الذى لم يقصده المشرع من النص، ولكنه ملازم له لا ينفك عنه[٣]. والمقصود بدلالة مفهوم النص هى دلالة النص على حكم شئ لم يذكر فى الكلام، وقد يكون مفهوم موافقة ثبوت لحكم المنصوص عليه المسكوت عنه لاتفاقه معه فى علة الحكم الظاهرة التى يمكن التعرف عليها بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأى، وقد تكون مفهوم مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنصوص عليه، لتخلف قيد من القيد المعتبرة فى هذا الحكم، أما المقصود بدلالة اقتضاء النص، فهى دلالة النص على المسكوت عنه ويتوقف عليه صدق الكلام، ويلاحظ أن كل هذه الدلالات تعتبر دلالة للنص، وتفيد الحكم الثابت بها، فيقوم النص حجة على هذا الحكم، ولكنها تتفاوت فى قوة الدلالة ، فعبارة النص أقوى من إشارته، والإشارة أقوى من المفهوم، ويظهر أثر هذا التفاوت عند التعارض ، فإذا تعارض حكم ثابت من عبارة نص مع حكم ثابت من إشارة نص آخر رجح الأول على الثانى. ويذهب فريق من الفقهاء إلى اعتبار هذا النوع من البيان وسيلة من وسائل التفسير فى حالة غياب النص[٤].

وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها مصرحة بالأخذ بهذه المبادئ الأصولية اللغوية، أن "دلالة الإشارة ، باستقراء أساليب اللغة العربية، وما قرره

---

[١] نقض ٣٠ يناير ١٩٥٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** السنة الأولى رقم ٩٠ ص ٢٧٧

[٢] انظر فى تفصيل آراء الفقه العربى والفرنسى فى الموضوع د / فوزية عبد الستار: **شرح قانون العقوبات القسم الخاص**، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٣ د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ١٦٦ وما بعدها.

[٤] د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص ١٨٥ وما بعدها.

علماؤها، هى دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود من سياقه، يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة ، حسب ظهور وجه التلازم وخفائه ".

والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص على هذا النحو من الدلالات المعتبرة فى فهم النصوص ؛ لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه ، وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح، بل هو قد يدل أيضاً على معانى يفهم من إشارته، ومن اقتضائه ، وكل ما يفهم منه من المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ، ويكون النص دليلاً وحجة عليه ، ويجب العمل به ، وإذ لم يفطن الحكم المطعون فيه إلى هذا الحكم المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين ٦٥ و١٠٣من قانون المرافعات المشار إليه ، ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة ١٠٣وحده.... دون أن يمعن التأمل فى المعنى اللازم المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة ٦٥ حسبما سلف إيضاحه....، وليس فى المعنى المتبادر من عبارة أى منهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة ....، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون[1].

وقررت كذلك أن "المقرر وفقاً لحكم المادة الأولى من القانون المدنى أن النصوص التشريعية إنما تسرى على جميع المسائل التى تتناولها فى لفظها أو فى فحواها، وأن فحوى اللفظ لغة يشمل إشارته ومفهومه واقتضاءه، والمراد بمفهوم النص هو دلالته على شئ لم يذكر فى عبارته وإنما يفهم من روحه، فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة اقتضت هذا الحكم، ووجدت واقعة أخرى مساوية لها فى علة الحكم، أو أولى منها، بحيث يمكن تفهم هذه المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو رأى، فإن مؤدى ذلك أن يفهم أن النص يتناول الواقعتين، وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما فى العلة سواء كان مساوياً أو أولى ويسمى المفهوم من باب أولى أو مفهوم الموافقة[2].

وواضح مدى الدقة التى ضبطت بها المحكمة العليا أسلوبها التفسيرى عند الأخذ بهذه الدلالات فى العبارات السابق ذكرها من الحكمين، حيث اشترطت

---

[1] الطعن رقم ٤٦٨٥ لسنة ٦٧ ق مدنى، جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨. لم ينشر بعد فى مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض، بيد أنه منشور بكتاب المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض الذى يوزع على السادة مستشارى المحكمة العليا.

٢ الطعن رقم ٥٠٥١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٣١. غير منشور. هذا وقد استعملت المحكمة الموقرة فكرة " من باب أولى " فى مجال الرقابة على المنطق القضائى فى تسبيب المحاكم الخاضعة لسلطانها، وكذلك استعملت الفكرة المذكورة فى نطاق التفسير. انظر عرضنا لبعض الأفكار الجديدة حول الموضوع ما سيأتى بالباب الأول والباب الثالث.

عدم التنافر بين النتائج المترتبة على الأخذ بمجموع تلك الدلالات لإمكان تحصيلها جميعاً من النص فى ذات الآن، أو الأخذ بأى منها طبقاً للضوابط سالفة الذكر. وهذا جمع دقيق لقواعد أصول الفقه فى هذا الخصوص .

ويبدو أن المحكمة تميل إلى الرأى الأصولى الذى يخرج مفهوم الموافقة من حالات القياس، كما يرى الإمام الشافعى رضى الله عنه، ويدرجها ضمن دلالات النص، كما يرى الإمام أبو حنيفة رضى الله عنه. ومن أمثلة دلالة الإشارة كذلك فى القانون المدنى ما كانت تنص عليه المواد من ١٥٥ـ ١٥٧ من القانون المدنى القديم فى أحكام النفقات، فيفهم من عبارة كل مادة من هذه المواد حكم موضوعى من أحكام النفقات سمعت المادة لبيانه، ويفهم من إشارتها اختصاص المحاكم الأهلية بالقضاء بها، لأنه يلزم من النص عليها فى القانون المدنى وجوب تطبيق المحاكم لهذه الأحكام، فهذا الاختصاص معنى لازم وإن كان غير مقصود عن سياق المواد، ولكنه مفهوم بطريق الإشارة[١]. **ويبدو جلياً من الأمثلة القضائية السابقة تطابق المفهوم الشرعى الأصولى لأنواع البيان، وتدرج قوته مع المفهوم الذى تأخذ به محكمة النقض للبيان وأنواعه فى تفسيرها للنصوص التشريعية، ويبدو أن ذلك الأمر قد التزمته المحكمة العليا منذ إنشائها[٢].**

١د / محمد أديب صالح: **المرجع السابق**، ص٤٣٧.

٢ يذكر أستاذنا الدكتور / زكريا البرى أن الأستاذ المستشار / عبد العزيز فهمى، أول رئيس لمحكمة النقض المصرية، قد طلب من أساتذة الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق إمداد المحكمة العليا بالمراجع الأصولية المتعلقة بالقواعد الفقهية الأصولية واللغوية، التى يتعين على المفسر والمجتهد الالتزام بها عند تفسير النصوص الشرعية، وذلك لكى تلتزم بها المحكمة العليا عند استنباط الأحكام من النصوص القانونية المدونة باللغة العربية. راجع مجموعة محاضرات د / زكريا البرى ، قسم الدراسات العليا ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، مطبوعة تحت عنوان **الوجيز فى القواعد الفقهية والقواعد الأصولية اللغوية** . دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ٢.

<u>الفصل الثانى</u>

تطبيق النص القانونى بين التفسير والاجتهاد

- **تمهيد :**

نحاول فى هذا الفصــل البناء على ما تقدم بحثه، فبعدما تعرفنا على مدلول التفســير ومعناه اللغوى والاصــطلاحى نحاول تحليل عملية التفســير، ومعرفة أجزائها ومضمونها، مجتهدين فى تبيان الجوانب الأكثر تعلقاً بالتفسير القضائى .

وقد سبقتنا بحوث ودراسات جادة في سرد المفاهيم الشرعية أو القانونية كل على استقلاله، فحاولنا أن نضيف جديداً فى هذا الموضع من الدراسة بالربط بينهما من ناحية، وببيان موقف القضاء المصرى من هذه المفاهيم المنتمية لعلم التفسير من ناحية ثانية .

وقد حاولنا الربط بين النظرة الشــرعية الأصــولية، والنظرة القانونية للموضوع مشيرين ما استطعنا إلى أمثلة من قضاء محكمة النقض حول مدى أخذها بهذه المفاهيم الشــرعية الأصــولية اللغوية عند تفســيرها للنصــوص التشريعية .

فهذا الفصل يتبلور فى أربعة مباحث، الأول يتناول مضمون عملية تفسير النصــوص التشــريعية بين الشــريعة الغراء والقانون، والمبحث الثانى يبين ضــرورة التفســير، وذلك بالنظر إلى حالة النص محل التفســير، أما المبحث الثالث، فيبحث فى العلاقة بين التفسير والتطبيق، وأخيراً المبحث الرابع يوضح ضرورة الاجتهاد ومجاله عند فقهاء الشريعة الغراء.

المبحث الأول

فى مضمون عملية تفسير النصوص التشريعية

بين الشريعة الغراء والقانون

اختلف الفقهاء فى مضمون عملية التفسير، وذلك تبعاً لاختلافهم فى النظرة إليه. فمنهم من نظر إلى موضـــوعه فأورد تعريفه متضـــمناً ذلك، ومنهم من اســـتحوذ عليه النظر فى الهدف النهائى من عملية التفســـير، فعرفه على هذا الأساس، ومنهم من وقف عند المعنى اللغوى لكلمة التفسير، ومنهم من نظر إلى بعض وظائفه ، فأورد فى تعريفه للتفسير بعض هذه الوظائف.

ومن الفقهاء من جمع فى تعريفه أكثر من واحد فى هذه الأمور الســـابقة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ، فإن التعرض لمدلول التفســـير لدى الفقه الوضـــعى يســـتلزم بيان معناه وفقاً لآراء فقهاء القانون بصـــفة عامة، ذلك بأن التفســـير لا يقتصـــر على فرع معين من فروع القانون، بل قد تعرض له كافة فقهاء الفروع المختلفة للعلوم القانونية، وكان لفقهاء القانون الجنائى اتجاهاتهم الخاصة عند تناولهم لتعريف التفسير[1].

وقد يكون من المناســـب لهذا البحث ألا نخوض فى تفاصـــيل هذه الآراء والاتجاهات، وإن كنا نجملها فى أنها تدور حول ثلاثة معانى لا تخرج عنها آراء الفقهاء بصدد تحديد مضمون عملية التفسير، ومن الواضح أن تلك المعانى مستخرجة من تعريفات التفسير، بيد أننا نحاول الاجتهاد فى الدخول إلى أغوار العملية التفسيرية بتحليل يبدأ من تعريفات التفسير، ولكن لا ينتهى عندها .

الأول : أن التفسير يعنى توضيح معنى النص الغامض.

الثانى : أن التفســـير هو إزالة التعارض، وإحداث التوفيق بين النصوص المتعارضة إن وجدت.

الثالث : أن التفسير هو تكميل النقص فى التشريع.

وفقهاء القانون بين مؤيد ومعارض لواحد أو أكثر من هذه المعانى الثلاث التى يدور حولها معنى التفسير فى القانون، ونحن نختار من بين هذه الاتجاهات المتعددة اتجاهين نرى أن الجمع بينهما قد يفضى بنا إلى معنى صحيح للتفسير .

---

[1] - د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص١١و١٦.

- د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨. وقد أشارنا من قبل إلى الآراء المتعددة لمدلول التفسير بشىء من التفصيل، انظر ص ٤٤، ٤٥ من هذه الدراسة.

- **الاتجاه الأول :**

يرى أن تفسير القاعدة القانونية ينصرف إلى معنيين، أولاً : إزالة الغموض، والخلاف فى حكم القواعد القانونية المستفاد من مصادرها الرسمية. وثانياً: هو الاجتهاد فى سد الفراغ فى القواعد القانونية لمواجهة ما تكشف عنه من فروض ووقائع[1]. وواضح أن هذا الرأى يجعل مضمون التفسير فى الدور الذى يقوم به، وهو دور إزالة الغموض من ناحية ، وإيجاد الحلول للمسائل التى لم تتعرض لها القواعد القانونية الرسمية من ناحية أخرى، ونضيف إلى ذلك ما قرره بعض الفقهاء بحق[2]من أنه يدخل فى معنى التفسير، طبقاً لهذا الاتجاه إحداث التوافق وإزالة التعارض بين النصوص القانونية. ويلاحظ أن غالبية الفقهاء السائرين فى هذا الاتجاه من فقهاء القانون الخاص، حيث لا يجد الفقه ولا القضاء حرجاً فى الاجتهاد فى سد الفراغ التشريعى من خلال عملية التفسير، على عكس فقهاء القانون الجنائى المقيدين بمفهوم معين لمبدأ الشرعية .

- **الاتجاه الثانى :**

أما الاتجاه الثانى فى الفقه الذى نود أن نلقى الضوء عليه، فهو يرى أن التفسير له مفهومين مختلفين، وإن كان يكمل كل منهما الآخر المفهوم الأول فنى، ويتمثل فى كونه التفسير يؤدى إلى تطبيق القانون على الوقائع المادية تطبيقاً صحيحاً.

وأما المفهوم الثانى، فهو اجتماعى يتجسد فى أن التفسير يساعد على تحقيق العدالة، وذلك عن طريق قيامه دائماً بتحقيق التوازن بين المعطيات الفنية ومتطلبات التطور الاجتماعى. ويلاحظ أن القائلين بهذا المفهوم القانونى للتفسير معظمهم من الفقهاء ذوى الخبرة القضائية، والتى أكسبت آراءهم صبغة تحاول الجمع بين مقتضيات المنطق القضائى الذى قوامه تحقيق العدالة وبين مقتضيات قواعد علم التفسير[3].

- **رأينا الخاص فى هذه المسألة :**

---

[1] - د / شمس الدين الوكيل: **المرجع السابق**، ص٢٦٣.

- د / محمد محمد منصور : وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقاتها ، **رسالة دكتوراه**، جامعة الإسكندرية ، ص ٥٤ .

[2] - د / عبد الرازق السنهورى، د / أحمد حشمت أبو ستيت: **أصول القانون**، **المرجع السابق**، ص٢٠٠.

[3] - د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ١٣ وما بعدها.

ومن جماع ما تقدم نستطيع أن نقول أن التفسير هو نشاط عقلى يستخدم فيه المفسر قواعد اللغة والمنطق لتحديد المصلحة التى شرع النص لحمايتها، وصولاً من ذلك إلى تطبيق النص على الوقائع التى يجب أن يحكمها فى ظل مفهوم متكامل للعدالة. ويبدو جلياً أننا نحاول الجمع بين كافة العناصر التى نراها ضرورية لبيان حقيقة عملية التفسير. والعنصر الجديد الذى أضفناه على ما سبق من تعريفات الفقهاء هو المفهوم المتكامل للعدالة بمفهومها الجامع للعناصر المنطقية والفلسفية التى يتواضع عليها كافة البشر، وكذلك العناصر الاجتماعية والثقافية الخاصة بمجتمع معين أن تكون العدالة بهذا المفهوم المتكامل ماثلة دوماً أمام المفسر. حتى لا يغرق فى علوم اللغة وعيوب الصياغة وقيود العبارات من جهة ولا يتوه فى دروب البحث عن قصد الشارع والحكمة من التشريع والمصلحة المحمية بالنص. بل عليه أن يجعل هدف تحقيق العدالة نبراساً يعصمه من أوجه الشطط ودروب الغلو .

المبحث الثانى

ضرورة التفسير
بالنظر إلى حالة النص محل التفسير

- **تمهيد :**

كما سبق وأن لاحظنا الصلة الوثيقة بين الحديث عن مجال التفسير والحديث عن ضرورته ، بحيث كان من الممكن بحث آراء الفقهاء فى المسألتين معاً، إلا أننا رأينا تجزئة الموضوع فى مبحثين متتالين كما درج الفقه، لمزيد من التحليل ، وللفت الانتباه إلى تعدد الرؤى التى ينظر بها الفقه لهذا الموضوع المبدئى الهام .

إن الحديث عن ضرورة التفسير تعنى البحث عن الدور القانونى للتفسير، أى مدى لزوم إعمال قواعده، وقد جرى الفقه على معالجة هذا الموضوع من خلال التساؤل عن بيان مدى ضرورة التفسير، وهل هناك نصوص واضحة المعنى بحيث يمكن تطبيقها مباشرة دون تفسر؟ أم هناك فرق بين التفسير والتطبيق ؟

والجدير بالذكر أن غالبية الفقه التقليدى لا يسلب القاضى دوره فى تفسير القواعد القانونية، إلا أنه يقصر هذا الدور على حالة غموض النص[١]. إذ أن الفقه التقليدى يرى أنه يجب التفرقة بين التفسير والتطبيق، وهو ما سنتعرض له بالبحث عند دراسة خصائص التفسير. ومن ثم ، فإذا كان النص واضحاً كان على القاضى أن يطبقه مباشرة، وقد انطلقت نظرية فى هذا الصدد تسمى بنظرية النص الواضح، لذا لزم التعرض لمضمون هذه النظرية للوقوف على مدى صحة هذا القول.

---

١ - د/ عبد الرازق السنهورى، ود/ أحمد أبو ستيت: **أصول القانون، المرجع السابق**، ص٢٠٤.

- الأستاذ/ أحمد صفوت: **مقدمة القانون**، الطبعة الثانية، ١٩٢٤، مطبعة القاهرة، ص١٦٥.
- د/ السعيد مصطفى السعيد: **المرجع السابق**، ص٩٠.
- الأستاذ / على بدوى: **الأحكام العامة فى القانون الجنائى**، الجزء الأول، ١٩٣٨، ص١٠٦، ١٠٧.
- د/ محمود محمود مصطفى: **شرح قانون العقوبات، القسم العام**، ١٩٦٩، ص٧٩.

-د/ عبود السراج: **التشريع الجزائى المقارن فى الفقه الإسلامى والقانون السورى**، الجزء الأول، المبادئ العامة، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٦، ص٩٢.

- Mzaud, Henri et Leon Jean,” **Lecons de Droit Civil**”, Tomepremiere Quarieme Ediontion, ١٩٧٠, P. ١٣٠.

ويشـــتمل هذا المبحث على أربعة مطالب، نتعرض فى المطلب الأول منه لنظرية النص الواضـــح. ويبين المطلب الثانى موقف محكمة النقض من نظرية النص الواضـــح. والمطلب الثالث نتعرض فيه للتفســـير عند عدم وجود النص. وأخيراً المطلب الرابع ويتناول مدى ضرورة التفسير عند تطبيق النص الجنائى.

المطلب الأول

نظرية النص الواضح

يذهب رأى إلى أن التفسير يتوقف حينما يكون النص واضحاً على أن هذا القول فتح المجال حول أحوال عبارة النص ، والتى تثير تساؤلات عديدة: فما هو مفهوم النص الواضح؟ ، وما المعيار الذى على أساسه يمكن القول بوضوح النص من عدمه ؟ وهل يمكن أن يكون النص واضحاً فى ظروف معينة ثم يغدو غامضاً فى ظروف أخرى ؟[١].

بادئ ذى بدء يجب تحديد مدلول كل من الغموض والالتباس ، إذ أن تحديد مدلولها يساعد على تعيين المقصود بوضوح . ويتفق الفقهاء على أن الغموض **l'obscurite** هو عدم وجود معنى واضح ، بينما الالتباس **l'equivoque** هو تعدد المعانى المحتملة لكلمة واحدة . وعلى هذا فإن الوضوح **la clarte** هو وجود معنى محدد للكلمة بحيث لا تحتمل سواه.على أن النص قد يكون واضحاً بالنسبة لشخص معين وغير واضح بالنسبة لسواه، فما هو المستوى الثقافى للشخص الذى يعد معياراً للوضوح من عدمه ؟ يرى جانب من الفقه أنه توجد ثلاثة مستويات فى هذا الصدد[٢]:

المستوى الأول : وهذا قاصر على القانونيين ، وهم الأشخاص الذين حصلوا على قدر معين من الثقافة القانونية .

المستوى الثانى : فهو خاص بالأفراد غير المتخصصين فى العلوم القانونية، وفى هذا المستوى تكون اللغة القانونية غير واضحة بالنسبة لهم ، فى حين أنها جلية بالنسبة لأشخاص المستوى الأول .

المستوى الثالث : وفى نطاقه يكون كل من رجل القانون وغير المتخصص ضحية الحرمان من صيغة واضحة للتعبيرات المستخدمة فى الأسلوب القانونى[٣]، ويلخص الفقهاء الحالات التى يمكن

---

١ -A.T.H. Smith, "**Judicial lzaw Making in The Criminal Law**", ١٩٨٤,P. ٤٨.

-" **Chaim perel man le raisonable et le deraisonable en droit, au dela du positivisme juridique**", Paris ١٩٨٤. P.١٠٢.

٢ - Nile Mac Cormick ," **Legal Reasoning And Theory**",Oxford University Press,١٩٧٨,P١٩٥.

- Haba, Enrique-Pedro, " **Langage Juridique et Interpretation Generale**", these, Paris, ١٩٧٧, P. ٢٠٩.

٣ Haba, **op. cit.**, ٢٨٩ et ٣٠٨.

تصـــورها لمدى وضـــوح المعنى أو الفكرة التى يعبر النص عنها أو يرغب فى التعبير عنها ، ومن ثم يمكن تقرير مدى وضـوحه ، بأنها أربعة حالات الموضـوعية، والشـخصـية، والوسطية ، والواقعية .

فالحالة الموضـــوعية تعنى الاســـتخدام الحالى للغة القانون، والحالة الشخصية تبحث عن الفكرة الأصلية للشارع أى أهدافه، وطريقة استخدامه للغة حتى ولو تغيرت الظروف واستخدامات اللغة. أما الحالة الوسطية، أو التوفيقية كما يطلق بعض الفقهاء عليها، فتعنى أن المفســـر مرتبط بكلمات القانون إذا كانت واضحة، ومع ذلك يجوز التوسع فى تفسير النص إذا تغيرت الظروف أو تبدل الواقع، وبعبارة أخرى إذا كان التفسـير الحرفى يؤدى إلى نتائج مسـتحيلة، فإن المفســر يكون مضــطراً لقبول حلول مضــيقة أو موســعة، أو أن يلجأ إلى القياس إذا كان ذلك ممكناً .

ونرى أن هذا الرأى تعبيراً عن القاعدة المعروفة بقاعدة الاســتثناء الضــمنى، والتى ســنواليها بالشــرح عند الحديث عن مناهج التفســير فى الباب الثانى، لما لمسناه من اهتمام المحكمة العليا بمضمونها و نتائجها. وإن لم تصرح باستخدامها لتلك القاعدة عند قيامها بالتفسير إلا أننا نرى أن المحكمة العليا تلتزم مقتضــى تلك القاعدة فى كثير من أحكامها، كما ســيبين فى جنبات تلك الدراســة، غير أن مقتضى الربط بين الأفكار العلمية دعانا لإبداء هذه الملاحظة.

المطلب الثانى

ضرورة التفسير عند تطبيق النص الجنائى

ولا يختلف الحكم بالنسبة لضرورة التفسير عند تطبيق القواعد الجنائية عنه بالنسبة للقواعد القانونية غير الجنائية. إلا أنه فيما يتعلق بالنصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب، فيرى جانب من الفقه، أنه لا مجال فيها للاستعانة بالعرف أو مبادئ القانون الطبيعى أو قواعد العدالة. وهذا الرأى ليس صواباً من وجهة نظرنا، فدور العرف فى تفسير كثير من النصوص الجنائية ذات الصلة بالتجريم والعقاب أمر ثابت فقهاً وقضاءً. مثال ذلك، تحديد الركن المادى لجرائم الفعل الفاضح وهتك العرض، وكذلك تحديد مدى توافر الظرف المشدد فى بعض الجرائم، مثال ذلك تحديد مدلول الليل كظرف مشدد فى جرائم السرقة عند من يراه مسألة موضوعية[1].

وسنعود لبحث دور العرف فى الفقه الجنائى فى الباب الأول عند بيان الصلة بين التفسير القضائى الجنائى والعرف. كما أنه ليس صحيحاً وضع نصوص التجريم فى منأى عن الاستفادة عند تفسيرها من المبادئ العامة للعدالة والقانون الطبيعى، كما نميل إلى تسميتها، فواقع التطبيقات القضائية يناقضه خاصة فى حالات القصور التشريعى عند وقوع اعتداء صارخ على المصلحة المحمية، ووجود مجنى عليه مضار من الاعتداء على تلك المصلحة. وسنعود لبحث هذه المسألة بالتفصيل عند بيان الصلة بين التفسير القضائى الجنائى وقواعد العدالة والقانون الطبيعى بالمفهوم الذى نرجحه فى الباب الأول.

أما فيما يتعلق بالنوع الثانى من القواعد الجنائية، فالفقه متفق على أن المجال متسع أمام القاضى للاستعانة بكل ذلك عند قيامه بعملية تفسيرها وتأويلها، بل إن الأمر يصل فى بعض الأحيان لخلق قواعد قانونية جديدة، فيما يتعلق بتفسير النصوص غير الجنائية الأمر الذى تأباه طبيعة النصوص المتعلقة بالتجريم ، لأنها تمس حقوق الأفراد وحرياتهم على اختلاف مفهوم وحدود خلق القاعدة القانونية الجنائية، كما سيبين عبر جنبات هذه الدراسة. ونحن نرى عدم وجود ثمة فارق فى المسألة المطروحة بين جميع القواعد القانونية، وقد تكفلنا ببسط الأدلة على ذلك فى الباب الأخير من هذه الدراسة.

- **ملاحظة تحليلية هامة حول الموضوع :**

---

[1] – د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ١١٢.

– د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ٣٣٧، ٣٣٨.

إن عملية التفسير بالنسبة للقاضى الجنائى تكون من أهم وظائفه وأصعبها فى بعض الأحيان، لأنه فى عمله هذا يكون مقيداً بقيود معينة تفرضـــها عليه قاعدة الشـــرعية الجنائية. ومن جهة أخرى، فهو ملزم قانوناً بالفصـــل، فيما يعـــــرض عليه من وقائع، وليس له التذرع بنقص التشـــريع أو غموضـــه أو تعارض النصوص فيما بينها، وهى الحالات الثلاث للقصور التشريعى.

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن القضاء بالبراءة عند مواجهة القاضى لحالة من حالات القصور التشريعى ليست حلاً صحيحاً دائماً. وتفصيل ذلك أن العدالة كمبدأ عام وضابط مهيمن على عمل القاضى، تتأبى وتتأذى من القضاء بالبراءة فى حالات يكون فيها التعدى على المصلحة المحمية بالغ الوضوح، وآية ذلك نلمسها فى حجم الضرر المشاهد على المجنى عليه مثلاً، أو فى الحالات التى تتخذ فيها سلطات الضبط والتحقيق إجراءاتها، والتى قد تحوى أحياناً إقرار المتهم نفسه بالجرم الذى ارتكبه، فأنى لكل هؤلاء أن يفقهوا من القاضى بعد كل ذلك قضاءا منه بالبراءة بدعوى غموض النص، أو نقص عبارة التشريع عن الإحاطة بالواقعة؟

المطلب الثالث

أسباب غموض النصوص القانونية

إن التفسير ليس مقصوراًكما أسلفنا على النصوص الغامضة وحدها، ذلك أن النص القانونى يكون فى العادة مختصــراً وعاماً ومجرداً ومن ثم يحتاج إلى بيان، وكذلك إذا جاءت عبارة النص واضــحة المعنى، وألفاظه ظاهرة الدلالة ومع ذلك قد يصـــل بنا تطبيق النص على حالته هذه إلى نتائج يأباها المنطق القضـــائى، وتتعارض مع غاية النظم القانونية، فى هذه الحالة ينبغى علينا ألا نتمســك بحرفية النص، وألا نقف عند معناه اللغوى بل يجب علينا أن ويتجاوزه إلى ما يوحى به المنطق، ويحقق للنظام القانونى غاياته، ويتعين علينا فى هذه الحـالات تجاوز أسـاليب المنـهج اللغوى فى التفسير والاستعانة بأساليب المنهج المنطقى.

وهو ما يتحقق غالباً من الناحية العملية ، ذلك أن صـــياغة النصـــوص القانونية، كما يقول البعض[1]، ما هى إلا صـــناعة بشـــرية ومن ثم يعتريها ما يعترى كل جهد بشرى من قصور دون الوصول إلى الكمال. كذلك تخلف أحياناً عن تحقيق الهدف المقصود منها أو حسن التعبير عنه. إن هناك أمور أخرى قد أسهمت فى عدم وضوح النصوص التشريعية، وبالتالى زادت من مشكلة تفسير هذه النصوص نشير منها إلى ما يلى:

أولاً : تناقص القدرة أو بالأحرى الموهبة والملكة على صـــياغة النصـــوص، القانونية بسبب ضعف مستوى الفكر القانونى .

ثانياً : ممارسـة عملية صـياغة التشـريع فى بعض الأحيان من جانب من لم يعد أصـــلاً لهذا العمل الفنى، أو من لا صـــلة بدراســـة القانون، أو من لا ممارسـة له فى مجال الصـياغة القانونية والتشـريعية. وهو أمر ملحوظ بالنسـبة لبعض ما يصـدر من تشـريعات بناء على اقتراحات يتقدم بها أعضاء المجالس التشريعية ولا تلقى الفرصة الكافية لدراستها، وإعادة صـياغتها من جانب اللجان أو الأجهزة المختصـة فى شـئون التشـريع والصياغة .

ثالثاً : الأسلوب الذى يتم به إعداد بعض النصوص التشريعية، مما لا يؤثر لتلك القوانين الفرصة الكافية لتحقيق الصياغة القانونية الفنية السلمية، والتى

---

[1] - د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ٢٦٤.

- د/محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص ٤٦.

- د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ٥٤ وما بعدها.

تكشف عن قصد الشارع، وما يبغيه من إصدار التشريع، ولذلك تلاحظ أن المذكرات التفسيرية للقوانين لا تكاد تزيد عن مجرد ترديد للنصوص والأحكام الواردة فى طلب القوانين .

رابعاً : قلة الإلمام بقواعد اللغة العربية لدى بعض القائمين بصياغة التشريع، مع أنها هى لغة التشريع رضينا بذلك أم أبينا، وهذه مشكلة متفاقمة يقوم الدليل عليها من مطالعة بعض القوانين التى يصدر عن الهيئات التشريعية.

والنتيجة الطبيعية لهذه الأسباب وغيرها هى صدور تشريعات غامضة يجد القاضى الجنائى نفسه أمامها وهو عاجز، فمهما بذل من جهد لا يستطيع أن يقرر ما الذى أراده المشرع من معنى، وإذا كان القاضى يعمل فى هذه الحالة إحساسه بالعدالة للوصول إلى الحكم الذى يفضل به فيما هو معروض عليه إلا أن الإحساس بالغموض، وخاصة فى مجال النصوص الجنائية حرى بأن يؤرق القاضى، وأن يلقى فى نفسه ظلالاً من الشك فى صحة وعدالة ما قضى به .

وفى هذا الشأن يقول أحد كبار القضاة فى إنجلترا: "إننى لا اشعر بأدنى خجل حين أعترف بأننى ليست لدى أدنى فكره عما يعنيه هذا النص من نصوص القانون" بل إننى لا أستطيع أن أفسر بأى تفسير وأنا مرتاح الضمير" بهذه الكلمات البالغة البساطة والعمق والدقة، عبر واحد من أكبر قضاة إنجلترا عما يحسه القاضى تجاه نص غامض يحتاج إلى التفسير، فإذا كان النص من شأنه أن يوقع الجزاء على متهم، فإن الأمر يغدو أشد وطأة على نفس القاضى الذى لا يملك أن يحتج بأنه عاجز عن تفسير النص بل عليه أن يسعى جاهداً إلى جلاء ما بالنص من غموض سالكاً فى ذلك كل سبيل، حتى لا يحمل ضميره فوق ما يحتمل وحتى لا يكون منكراً للعدالة أو ناكلاً عنها[1].

والتفسير أمراً لازماً وضرورة مستمرة للقضاء، وهذا ما عبر عنه بعض الفقهاء بأنه لا قضاء بغير تفسير، وخاصة إذا كان النص غامضاً كما ذكرنا، فإنه يحتاج إلى مجهود كبير من المفسر لاستجلاء معناه ومحتواه، وذلك بعكس ما إذا كان النص واضحاً ليس فيه غموض، فيكون دور القاضى فى تفسيره سهلاً ميسراً[2].

---

[1] ذكره الدكتور سليم العوا – **المرجع السابق** – ص ٢٧٠

[2] ميرل دفيتى: **مطول القانون الجنائى**، ص ١١٢ وما بعدها. مشار إليه فى مقال منشور د / عبد الوهاب العشماوى: تفسير القضاء للنصوص بالتشريعات الجنائية، **مجلة الأمن العام**، العدد ١٠٧، ١٩٨٤، ص ٨٧.

وأما الحالة المتبقية فهى الواقعية أو العملية، ولا ينظر فيها ســـوى للهدف من الشكل ذاته ، فإذا كان هناك نصـاً غامضـاً، فإن سبب الغموض إما أن يكون راجعاً إلى عدم وضوح صيغة النص أو راجعاً إلى عدم وضوح فكرته. فإذا كان عدم الوضــوح شــكلياً، أى راجعاً إلى غموض صــيغة النص، فإنه قد يتخذ أحد الأشكال الأربعة السـابقة، أما إذا كان عدم الوضـوح موضـوعياً، أى راجعاً إلى غموض الفكرة ذاتها، فإن ذلك يرجع إلى أحد الأسباب الآتية :

١- أن الشارع لم يوضح فكرته جيداً ، كأن يكون موضوع التشريع التمييز بين نقاط خلاف جوهرية ولم يقم بذلك .

٢- أو أنه لم يرتب أفكاره جيداً بحيث تبدو بعض الأفكار متعارضة.

٣- وقد يكون سبب الغموض راجعاً إلى أن الشارع قد خلط بين بعض الظواهر والمفاهيم ، بحيث أورد مفاهيم فى غير موضعها .

وأخيراً قد يكون هدف الشـــارع غير متطابق مع النتيجة التى تقود إليها فكرته[١].

---

١ Haba, **op. cit**., P. ٢٩٧.

المطلب الرابع

تمييز الغموض المتعلق بعملية التفسير

إن الذى نود أن نشـــير إليه فى هذه المثابة هو معنى الغموض المتعلق بنظرية تفسير النصوص وأنواعه من وجهة نظرى .

فالغموض الســـابق الإشـــارة إليه فى كلام الفقه هو ذلك الناتج من عيوب الصياغة التشريعية، والذى قد يؤدى إلى استبعاد النص أحياناً من دائرة الإعمال مثل حالات القضـــاء بالبراءة لغموض النص. و هذا الغموض يعد من حالات القصـــور التشـــريعى الثلاث: الغموض والتعارض والنقص. إلا أننا نرى أن الغموض أحياناً يكون مقصـوداً من المشـرع الوضـعى لغرض التعميم والإجمال واستغراق الحوادث المستقبلية التى يراد أن يشملها النص. وإزالة هذا الغموض، الذى هو فى حقيقته إجمال وتعميم ، يكون من عمل القائم بالتفسير قاضياً كان أو فقيهاً. ولا يسعه حينئذ أن يتذرع بغموض النص لكى يستبعده من دائرة الإعمال، بأن يقضى بالبراءة مثلاً إذا كان فى إطار نص تجريمى بل يعد ذلك تقصيراً من المفسر ونكولاً إن كان قاضياً.

فيجب التفرقة بين قصـور التشـريع بغموض حقيقى يعتور النص، وبين تقصير المفسر فى بذل غاية الجهد لسبر غور النص، ذلك التقصير الذى يؤدى أحيـانـا إلى شـــبهـة الغموض. وهذا الإجمـال والتعميم المقـال عنـه تجـاوزا بالغموض له أمثلة عديدة فى النصوص الشرعية أعنى الكتاب العزيز والسنة المطهرة. والغاية من عدم الإيضـاح التام للمقصـود من تلك النصـوص بمجرد النظر فيها، هو تحصـيل فوائد جمة فوق ما ذكرنا تراجع فى كتب أصـول الفقه والتفسير .

وهناك نوع آخر من حالات غموض النصـــوص تختص بها الشـــريعة الغراء، وحتى الكتب الســماوية الســابقة زمانياً على الكتاب والســنة، والتى يطلق عليها "المتشـابه". وهى النصـوص التى يتعبد بها كما هى، والله تعالى أعلم بمراده الكامل منها . وإنما جاءت على هذا النحو لأغراض إيمانية تعبدية وتحصـيل فوائد أخرى مبسـوطة فى كتب التفسـير وعلم المحكم والمتشـابه، ولكن ليس من أغراضـها مخاطبة الناس بالتكليفات. وهكذا نتبين أن الغموض الحقيقى المشـار إليه فى كلام الفقهاء المعاصـرين ضـمن حالات القصـور التشــريعى لا وجود له إلا فى النصــوص التشــريعية الوضــعية، ولا تعرفه النصوص الشرعية .

وفى الناحية المقابلة نجد الغموض المستعصى على البيان التام فى النصوص الشرعية والمسمى بالمتشابه من نصوص القرآن العظيم والسنة المطهرة ذو الأغراض التعبدية البعيدة عن مجال التشريع بالمعنى الضيق، ولا وجود لمثل هذا النوع من النصوص فى القوانين الوضعية.

وبين الحالتين اللتين تميزان الشرعى والوضعى من النصوص تأتى الحالة المشتركة بينهما، وأعنى بها الغموض الظاهرى الذى هو فى حقيقته إجمال وتعميم فحسب.

و غايتى من هذا التحليل لأنواع الغموض الذى يعترى النصوص بيان المجال الذى يتعلق بعلم التفسير وتمييزه من غيره سواء فى الشريعة الغراء أو القانون الوضعى .

المطلب الخامس

موقف محكمة النقض من نظرية النص الواضح

هناك رأى فى الفقه يرى بصفة عامة أنه لا يوجد سوى معنى قانونى محدد قابل للانطباق حقيقة على مصطلحات النص القانونى، وأن هذا النص مجموعة من الألفاظ ليس لها سوى معنى لغوى واحد[١].

ونحن نرى أن الجزء الأول من هذا الرأى صحيح، وهو الخاص بوحدة المعنى للألفاظ التى تعد مصطلحات قانونية، وهو ما أخذت به محكمة النقض، وقررته فى العديد من أحكامها كقاعدة عامة. وفى ذلك تقول بأنه إذا أورد الشارع مصطلحاً معيناً فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه إلى معناه فى كل نص آخر يرد فيه. وذلك توحيداً للغة القانون ومنعاً للبس فى فهمه والانبهام فى حكمه وتحرياً لوضوح خطابه إلى الكافة[٢].

وأما الجزء الثانى نراه محل نظر ويخالف قواعد اللغة والأصول، فمن المستقر عليه جواز تعدد التفسيرات للنص الواحد مع كونها كلها صحيحة، ولكن فرق بين صحة التفسيرات من جهة قواعد اللغة وعلم الأصول، والتفسير المختار من القاضى للحكم به أو الفقيه للإفتاء به .

وكتب الفقه الإسلامى تعج بالتفسيرات المتعددة المختلفة للنص الواحد، ثم يأتى وجه الاستدلال لكل تفسير مما ينتج عنه الآراء الفقهية المختلفة والأحكام القضائية المختلفة. والقول بأن تفسيراً واحداً للنص هو الصواب ، وما عداه خطأ يتناقض مع ذلك .

ونلاحظ احتمال كون هذا الرأى الوارد فى كتب الفقه الغربى أصلاً، والمنقول بعد ذلك فى كتب الفقه العربى قد يكون صحيحاً عند القائلين به من فقهاء الغرب لموافقته لطبيعة اللغات الأجنبية التى يكتب بها هؤلاء الفقهاء.

وكما سلف القول ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى أحكام كثيرة لها إلى أنه إذا أورد الشارع مصطلحاً معيناً فى نص ما قاصداً به معنى معين، فإنه

---

[١] Haba, **op. Cit.**, p.٢٨٨.

– ونقل كثير من فقهاء العرب هذا الرأى دون تعقيب عليه مما قد يوحى بالموافقة عليه وهو ما نفنده فى المتن.

– انظر فى عرض هذا الراى فى الفقه العربى:

– د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ١٩.

[٢] – نقض ١٧ مايو ١٩٦٦ **مجموعة الأحكام** سنة ١٧ ص ٤١٥.

يجب صــــرفه إلى هذا المعنى فى كل نص أخر يرد فيه، وذلك توحيداً للغة القانونية، ومنعاً للبس فى فهمه والإبهام فى حكمه، وتحرياً لوضــوح خطابه إلى الكافة[١] .

وذهبت كذلك إلى أنه لا مجال للاجتهاد عند صراحة نص القانون الواجب تطبيقه. وأنه لا يجوز اللجوء إلى حكمة النص والتشــريع المقارن، إذا كان ذلك يؤدى إلى مخالفة صريح نص القانون، كما قضت المحكمة العليا ذاتها بأنه طبقاً للقواعد العامة متى كانت عبارة القانون واضــحة لا لبس فيها، فإنه يجب أن تعد تعبيراً صحيحاً صادقاً عن إرادة الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث على ذلك[٢]. وقضت محكمة النقض أيضاً بأن "النص الواضــح الجلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه، لا يجوز الخروج عليه أو تأويله"[٣].

ومن ثم فالتفسير لازم وضرورى فى جميع الحالات، على أنه يمكن القول أن المقصـود فى هذه الأحكام ليس الأخذ بنظرية النص الواضـح، وإنما نرى أن محكمة النقض أرادت أن تقرر مبدأ تلتزم به، ومن ورائها كافة المحاكم التى تخضــع لرقابتها، ومؤدى هذا المبدأ هو أنه فى حالة وضــوح النص، بعد القيام بعملية التفسير طبعاً، لا يجوز استبعاد المعنى الحرفى لألفاظ النص تحت ستار الوقوف على فحواه، ومعنى ذلك أنـه يجب أن يكون للنص الواضــح الدلالة الأولوية فى الإعمال المباشــر دون البحث عن قصــد الإرادة التشــريعية، فلا ينصرف المفسر إلى معنى آخر لم يحدث التعبير عنه فى صريح عبارة النص .

إذ لا يصــح أن نزعزع الثقة فى تشــريع مكتوب بتفســيرات تنحرف بالنصــوص عن معناها الذى وضــعت له، ولا شـك أن هذه القاعدة التى قررتها محكمة النقض وسارت عليها تمليها الأمانة العلمية بل وسلامة التفسير[٤]. ويعبر

---

[١] - نقض ١١ يناير ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١١ رقم ١٣٤٩ ص٢٥.
- نقض ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ٨٩ ص١٦٩.

[٢] - نقض ١٥ مارس سنة ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١١ رقم ١٠٠٣ ص٢٤٢.
- نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٧ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٨ رقم ٢٧٤ ص١٢٨٦.
- نقض ٢٢ يونية سنة ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٢٦ رقم ١٢٣ ص٥٢٨.
- نقض ٩ مارس سنة ١٩٨١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٣٣ رقم ٣٦ ص٢٣١.

[٣] - الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٠

[٤] Merle et vitu, "**traite de drait criminel**", ١٩٧٣, p٢٠٩.

الأصـــوليين، فيما نرى، عن المعنى الذى أوردناه فى أحكام محكمة النقض السالفة الذكر بقولهم لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعى، فطالما أن النص له دلاله صـــريحة على معناه، فلا يصـــح الاجتهاد أى التفســير، بحيث ينحرف عن المعنى الحقيقى للنص.

وهذا ما نصـــت عليه مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٤ بالقول بأن "لا مســـاغ للاجتهاد فى مورد النص". ولذلك فلا يصـــح القول بأن محكمة النقض تأخذ بمبادئ نظرية النص الواضـــح، ولكن الصـــحيح أن محكمة النقض تلتزم بالترتيب والضـوابط التى قال بها فقهاء أصـول الفقه، بشـأن أسـلوب التفسـير والاجتهاد فى حالة النص ذو الدلالة الواضـحة، وهو ما سـنواليه بالشـرح عند الحديث عن الصلة بين التفسير والبيان والاجتهاد فى الشريعة الغراء.

وقد أعملت محكمة النقض المبدأ السابق الذى وضعته بشأن أسلوب تفسير النص الصـريح حتى فى إطار تفسـير ما يقدم إلى القاضـى من مسـتندات، ومن ذلك ما حكمت به بجلســتها فى ١٩٥٤/١٢/١٣، من أنه "متى كان المطلوب تفسيره واضـحاً لا يحتاج إلى تفسير، ويفيد بجلاء أن المحكمة لم تر إجابة طلب معين رفضـته، وكان الحكم المطعون فيه قد فسر الحكم السابق بأنه "لم يرفض الطلب المذكور بل قبله"، فإن المحكمة تكون قد جاوزت سـلطتها فى التفســير، وأخطأت فى تطبيق القانون[1].

ويبدو أن سبب الحساسية التى دعت إلى ظهور نظرية النص الواضح هو مجال النصـــوص المتعلقة بالتجريم والعقاب والخوف من افتئات القضـــاء على الحريات .

والذى نراه جديراً بالملاحظة ومنهياً لهذا الجدل الفقهى، هو إيضاح التفرقة بين حق المفسر فى إعمال قواعد التفسير بشكل عام، وبين إعمال قواعد القياس ، والنظر فى المصلحة المحمية من وراء النص، ومراعاة المبادئ العامة للنظام القانونى، وهى جزء من قواعد علم التفسير، من الممكن والمقبول

وقد ذهب الأستاذ الدكتور / رمسيس بنهام إلى أن التفسير ضرورى ليس فقط بالنسبة للقانون المبهم، وإنما أيضا بالنســبة للقانون الواضــح، لأنه يجب عدم الوقوف عند المعنى الضــرورى للألفاظ، وإنما يجب البحث عن معناها العميق **النظرية العامة للقانون الجنائى**، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٢٣٨.

[1] – نقض ١٥ مارس ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** سنة ١١ رقم ١٠٠٣ص ٢٤٢.

- نقض ٩ ديسمبر ١٩٦٧ **مجموعة أحكام محكمة النقض** سنة ١٨ رقم ٢٧٤ص ١٢٨٦.
- نقض ٢٢ يونيو ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** سنة ٢٦ رقم ١٢٣ص ٥٢٨.
- نقض ٩ مارس ١٩٨١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** سنة ٣٣ رقم ٣٦ص ٢٣١.

الحديث بشأن مدى حق المفسر فى اللجوء إليها فى حالة النص الواضح خاصة إذا كان من النصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب .

والملاحظة السابقة، نرى أنها يمكن أن تضاف مع ما سبق توضيحه، لتبرير ما ورد ببعض أحكام محكمة النقض بطريقة مطلقة من عدم جواز اللجوء لقواعد التفسير عند وضوح النص، وتقطع الطريق على من أراد أن يتشبث بظاهر ما ورد بهذه الأحكام للقول باعتناق محكمة النقض لمبادئ نظرية النص الواضح فى قضائها الجنائى [1].

ونحن نرى صحة الرأى الذى يذهب أصحابه إلى أن محكمة النقض قالت هذه العبارات فى معرض تنظيم المصادر وترتيبها من حيث القطعية والظنية وليس فى مسألة النص الواضح والغامض .

والمحكمة تعبر عن ذلك بثلاثة مصطلحات مختلفة هى "لا اجتهاد فى مورد النص" (تنظيم مصادر) و"لا مجال للاجتهاد" فى القطعى من النصوص و" لااجتهاد فيما فيه نص صريح" مأخوذة من عبارة لاتينية فى مقابلة الغموض. وعليه فالمحكمة العليا تأخذ بالعبارة فى شقها الأصولى عند تنظيم المصادر القانونية، وعليه فالمحكمة لم تأخذ بالنظرية المعيبة .

[1] هناك دراسة قيمة لأستاذنا المستشار محمد بدر المنياوى، رحمه الله، حول موقف محكمة النقض من نظرية النص الواضح وتعدد الأساليب اللغوية والمصطلحات المتشابهة التى تستخدمها محكمة النقض تعبيرا عن مدى وضوح النص وأثر ذلك على تفسيره. ويذهب سيادته فى هذه الدراسة إلى التفرقة بين ثلاث صياغات مختلفة تظهر عند استقراء أحكام محكمة النقض. وهى عدم جواز تأويل النص الواضح ووضوح النص بعد تفسيره تفسيراً معيناً، والحالة الثالثة هى عدم جواز الالتفاف على مدلول النص الواضح بدعوى تفسيره وسنفصل هذا الرأى فى المتن.
— دراسة غير منشورة، **مكتبة المركز القومى للدراسات القضائية لوزارة العدل.**

المبحث الثالث

العلاقة بين التفسير والتطبيق

إن البحث فى علاقة التفسير بالتطبيق لأى نص قانونى لا بد أن يسبقه بيان لماهية النص الذى يدور الحديث حول تفسيره وتطبيقه. وهو الأمر الذى يستلزم البحث فى مدى ضرورة التفسير، وهل لوضوح النص أو غموضه أثر فى ذلك؟ وهو ما سبق وتعرضنا له عند عرضنا لنظرية النص الواضح، وبينا أن التفسير ضرورى أياً ما كانت حالة النص من حيث الوضوح أو الغموض .

وبعد ذلك فإن علاقة التفسير بالتطبيق تعد الحلقة الثانية فى البناء المنطقى الذى نجتهد فى بنائه من خلال هذه الدراسة توصلاً للهدف الذى وضعناه لها عسانا نبلغه بتوفيق الله تعالى. ولسوف تكتمل الفائدة لهذه الدراسة ببحث مدى صحة القول بكمال التشريع أو نقصه، وهل لذلك أثر عند تفسير النص وتطبيقه؟ وهو ما سنواليه بالبحث التفصيلى بالباب الأخير من هذه الدراسة، وذلك لتعلقه الوطيد بموضوع سلطة القاضى فى تكملة النقص التشريعى، أو ما أطلقنا عليه سلطة القاضى فى الابتداع. وتلك الملاحظات مرادنا منها تبيان الصلة التتابعية بين جنبات الدراسة، وإظهار مدى ترابط وتداخل أجزاء الموضوع .

وبناءً على ما تقدم وتمهيداً للبحث فى سلطة القاضى الجنائى فى تكملة النقص التشريعى، وفى إطار ما يحقق الهدف من الدراسة نقوم بالبحث فى العلاقة بين التفسير والتطبيق. حيث يتألف هذا المبحث من مطلبين، المطلب الأول نستعرض فيه الصلة بين التفسير والتطبيق، أما المطلب الثانى فنوضح نتائج هذه الصلة .

المطلب الأول

الصلة بين التفسير والتطبيق

إن قيام المفسر قاضياً أو فقيهاً بعملية تفسير النص القانونى توطئة لتطبيقه ينظر إليها من عدة زوايا تدور بين معنيين فى الفقه.

فرأى يرى أن تفسير النص عند تطبيقه على واقعة بعينها إنما يقصد به تحديد مدى النص، وذلك باكتشاف معناه واستيعاب مضمونه[١]. أما التفسير من أجل التطبيق لدى أصحاب الرأى الثانى، فيعنى الوقوف على معنى ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم ، والبحث الواجب إعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لما نواجهها القاعدة القانونية الجنائية[٢].

ولما كان الفرق بين الرأيين كبير وواضح فى الوقت ذاته، إذ أن الأول يقوم على فرض وجود نص معين يلتزم القضاء بتفسيره، أى تحديد معناه ومرماه ومداه بطريقة الاستكشاف أو الاستيعاب لذلك المعنى. بينما الرأى الثانى يذهب إلى أبعد من ذلك، فيمتد إلى مراعاة الهدف من وظيفة القضاء المنوط به أساساً تطبيق النصوص القانونية، ذلك الهدف المتمثل إجمالاً فى إقامة العدل واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية فى المجتمع وحفظ الحقوق الناشئة عنها. وذلك الهدف لا يمكن أن يتأتى إلا بإعطاء حكم لكل واقعة سواء أكان هناك نص قانونى يحكمها أم لم يكن هناك نص قانونى يحكم الواقعة، وفى تلك الحالة الأخيرة، يجب أن يمتد عمل المفسر ليجد حكماً يتفق مع الأهداف سالفة البيان، يمكن تطبيقه على تلك الواقعة، مهما كان مصدر ذلك الحكم.

ومن الفقهاء من يقول بأن التعريف الثانى إنما هو تجاوز لمعنى التفسير. ومن ثم يخرج من إطار العملية التفسيرية لأن التفسير إنما يتطلب بداءة وجود نص، ولا معنى للتفسير عند عدم وجود نص يراد تفسيره[٣]. ويزداد الأمر دقة فى محيط النصوص الجنائية، وخاصة تلك المتعلقة بالتجريم والعقاب للتعارض الظاهرى بين مضمون الرأى السابق وبين مقتضيات مبدأ الشرعية، والذى ينص على أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالقاضى حسب هذا الرأى إذا لم يجد نصاً

---

١ Jean Richemont **op. cit.**, p.٤٨.

٢ د/ حسن كيرة: **المدخل إلى علم لقانون، المرجع السابق**، ص ٢٧٩.

٣ د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص ٣٠ وما بعدها.

فى هذه الحالة لا يلجأ إلى سبيل التفسير؛ لأن التفسير لا يكون إلا عند قيام النص ، والنص هنا غير قائم ولا موجود[1].

إلا أننا نبادر بالقول مع جمهور شـــراح القانون الجنائى بعدم دقة الرأى السابق، إذ أن التعرض للقياس فى مجال الحديث عن تفسير القواعد الجنائية يعد منطقياً وصحيحاً من جهة الفن القانونى، وذلك لأنه رغم وجاهة ذلك الاعتراض ظاهرياً، إلا أنه من الميســـور الرد عليه، فهو بالإضـــافة إلى أنه يذكرنا بفقه مدرســة التزام النص، وما تم توجيهه لتلك المدرســة من انتقادات، فإن التعريف الأول يعد تعريفاً ذا نظرة محدودة، فلم يســتوعب الهدف من التفســير باعتباره خطوة أولى ولازمة للتطبيق العملى، ذلك التطبيق الذى يجب أن يتم وفقاً لمفهوم قانونى معين، وإلا فما معنى تفسير نص ما على واقعة ما انتهى المثال إلى عدم دخول تلك الواقعة فى دائرة ذلك النص، فلابد فى هذه الحالة من البحث عن نص يمكن أن يحكم تلك الواقعة، وفى ذلك إقرار للعدالة واســتقرار للأوضـــاع كهدف يتغياه دائماً القضاء .

والجدير بالذكر أن المعيار الذى نقترحه لبيان كيفية التفرقة بين حالات التفسير الواسع للنص، والقياس كوسيلة من وسائل التفسير، وهو أيضاً يكون فى إطار النص، وبين التفسير كمصـدر من مصـادر القاعدة القانونية، والذى يكون خارج إطار النص، إن هذا المعيار قد ينهى هذه المفارقة، ويجمع بين الحجج المنطقية لكلا الرأيين بالأخذ بكل منهما فى مجال معين، حسـبما سـنفصـلـه فى الباب الأخير من هذه الدراسة. وعلى ذلك، فالتفسير كما يقول البعض[2]، وبحق، ليس اكتشـافاً للمعنى الأصلى وحسب بل هو مع ذلك بحث فى الأفكار التى تنبع من النص، وأهمها المصلحة المحمية من ورائه .

وفى إطار ما ســـبق من أفكار يمكننا النظر إلى التفســـير بطريقة تحليلية توضح صلته بالتطبيق على النحو التالى:

فالتفسير يدور حول قطبان، القطب الأول: هو القاعدة أو النص الذى يكون إما تطبيقاً للقاعدة أو استثناء منها أو تفريعاً عنها. وأما القطب الثانى: فهو المصلحة المحمية بالنص. فالتفسير غايته التطبيق. ومن ثم نحاول وضع تعريف للتفسير يلم بمفهومه كعمليه فنية علمية دون الاقتصار على تعريف اللفظ فى ذاته أو الغرض أو الهدف من ورائه، أو الأساس الذى يقوم عليه أو طرق الوصول إلى غايته، وبذلك يأتى التعريف جامعاً مانعاً، ولهذا نرى، أنه يقصد بالتفسير من هذه الزاوية: تلك العملية الذهنية التى يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى النص من قصور سواء تمثل فى غموض أو

---

[1] د/ عبد الوهاب العشماوى: **المقال السابق**، ص٨٨.

[2] د/ حسن كيرة: **المدخل إلى علم للقانون، المرجع السابق**، ص ٣٨٤.

إبـهام أو نقص أو تعارض أو غير ذلك من حالات الإجمال، للوقوف على الإرادة التشـــريعية للنص، توطئة لتطبيقه التطبيق المحقق للعدالة كما يراها المجتمع .

المطلب الثانى

نتائج الصلة بين التفسير والتطبيق

سبق لنا تعريف التفسير، فهى والتطبيق جوهر عمل القاضى، فالتفسير والتطبيق خطوتان على طريق واحد، أى يشترط لوجود أحدهما وجود الآخر، إن التلازم قائم بينهما بحيث يمكن وجود تفسير بدون تطبيق. إن الخلاصة التى نخلص إليها من التحليل السابق، تتمثل فى أمرين يعتبران بمثابة النتائج للصلة بين التفسير والتطبيق .

أولاً : التفسير حتمى للتطبيق الصحيح للنص القانونى :

الرأى الراجح عندنا بأنه لا قضاء بغير تفسير[١]، فإذا كان معنى ألفاظ النص واضحة مبينة قصد المشرع كانت مهمة التفسير كلها سهلة وميسرة، أما إذا كانت الألفاظ غير مبينة لقصد المشرع، فإن ذلك يجعل عملية التفسير أقل يسراً، ولقد عبر بعض الفقهاء عن ذلك التكامل بين اللفظ وروحه بالقول بأن اللفظ هو نقطة البداية، وقصد المشرع هو نقطة الوصول. ومعنى ذلك أن التفسير ليس قاصراً على القوانين أو النصوص الغامضة أو المبهمة.

ثانياً : التفسير يتأثر بالواقعة المعروضة عند التطبيق :

تطبيق أى قانون يحتاج إلى تفسير ولكن التقدير الشخصى للقاضى يؤثر فى فهمه للنص عند تطبيقه ، وذلك التقدير يتأثر بالواقعة المعروضة على القاضى. لذلك لا نستطيع القول بأن القاضى يقوم بالتطبيق الآلى، فالنص أياً كان يختلف من الناحية النظرية المجردة عنه عند التطبيق العملى. فمهمة القاضى الحقيقية هى تفسير النص حسب الحالة المعروضة عليه[٢].

- **ملاحظاتنا حول الموضوع :**

---

[١] مشار إليه فى مؤلف د/ مأمون سلامة، **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون، المرجع السابق**، ص ٤٩.

[٢] - Geny , Francois, **“Science et Technique en Droit Prive Positif** ”,p.٢١٢,٢٥٤.

- Geny , Francois, **“Methodes D’Interperpretation de Droit Prive Positif et ses Sources”,**

ويعن لى أن أبدى عدة ملاحظات ونحن بصدد إيضاح الصلة بين التفسير والتطبيق حول كيفية إسباغ الوضوح على النص خلال تفسيره وتطبيقه :

أولاً : قد يكون النص والإيضاح (تفسير فقهى) كما قد يكون الوضوح نتيجة تفسير من المشرع (تفسير تشريعى)، كما قد يكون الوضوح نتيجة سبق تفسير ذات النص فى أحد الأحكام القضائية السابقة، وهذا هو التفسير القضائى. وعلى ضوء ذلك يمكن القول بأن الصلة بين التفسير والتطبيق إنما هى صلة قائمة وأكيدة فى أى مرحلة من مراحل تكون القاعدة القانونية أو فى مرحلة العلم بها أو تطبيقها. ذلك أن التفسير الفقهى أو التشريعى يؤدى إلى تطبيق النص إن حالاً أو مآلاً، فقد يتم الاحتفاظ بذلك التفسير الفقهى أو التشريعى مدة قد تطول أو تقصر إلى أن يحين الأجل للأخذ به فى معرض التصدى لقضية ما يحكمها ذلك النص .

ثانياً : أن الصلة قائمة بين التفسير والتطبيق بشكل آخر، فالتفسير الفقهى الذى يسبق عادة التفسير القضائى يجعل القاضى مضطراً أمام تداول الخصوم لمختلف التفسيرات الفقهية للنص أو للقاعدة إلى اتخاذ موقف منها بالانحياز إلى بعضها دون البعض الأخر ، كما قد يدعو انتقاد الفقه اتجاهاً معيناً لمسلك القضاء فى التفسير على حمل القاضى الجنائى على العدول عما استقر عليه من قبل من تفسير. وهكذا يتضح لنا صدق المقولة، أنه لا تفسير بدون تطبيق ولا تطبيق بدون تفسير[1].

ثالثاً : والجدير بالملاحظة فى هذه المثابة أن فقهاء أصول الفقه قد بحثوا المسائل المتعلقة بالاجتهاد، وبينوا الحاجة إليه فى كل أحوال النص، ودمجوا الحديث عن قواعد التفسير والبيان والاجتهاد، مع الاهتمام بكل جوانب تلك الموضوعات الثلاث، التفسير والبيان والاجتهاد، بدقة لا يدانيها الفقه الوضعى بإقرار المنصفين من فقهائه، وقد تحدثنا بالتفصيل عن أنواع البيان والمتعلق به من المسائل فى الفصل السابق. وهذه الأفكار توضح مدى الترابط والتواصل بين عمليتى التفسير والتطبيق سواء فى الفقه الأصولى الشرعى أو الوضعى. وسوف نوالى البحث فى المبحث التالى عن الأفكار الأصولية التى قيلت فى المسألة محل البحث، وإنما أردنا الربط بين المسائل وتوضيح هذا التداخل والتمازج الفريد بين مسائل ومباحث علم التفسير .

---

١ - د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ١٥١ وما بعدها.

- د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ٣٤٥ وما بعدها.

المبحث الرابع

ضرورة الاجتهاد ومجاله عند فقهاء الشريعة الغراء

يتعرض هذا المبحث لموضـــوع ضـــرورة الاجتهاد ومجاله عند فقهاء الشريعة الغراء، من خلال مطلبين، الأول يدرس مدلول الاجتهاد الشرعى، أما المطلب الثانى فيبين الحاجة الدائمة للاجتهاد عند تهيئة النص للتطبيق .

المطلب الأول

مدلول الاجتهاد الشرعى[1]

الاجتهاد فى التفسير هو نوع من الاجتهاد الذى يقوم به الباحث لتبين معنى النص وفقه المراد منه، ولقد يظهر ذلك بالعودة إلى ماهية الاجتهاد ووظيفته التى يؤديها عند العلماء، فالاجتهاد عند اصطلاح الأصوليين: هو بذل الفقيه، مفتياً كان أو قاضياً، جهده للوصول إلى حكم شرعى من دليل تفصيلى من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام. ولم يترك علماؤنا الأمر بدون تحديد ، فليس بذل الجهد أياً كانت صورته يكون اجتهاداً فى عرف الأصول، بل لابد لتمام ذلك من أن يبلغ المجتهد باستفراغ وسعة فى طلب الحكم من الدليل حداً يحس معه العجز من نفسه عن مزيد طلب لذلك الحكم، لأنه استنفذ كل المسالك التى لابد من سلوكها للوصول إلى معرفة ما أورد.

وعند الوقوف عند ماهية الاجتهاد، كما حددها علماء الأصول فى الصورة التى عرضناها فى تعريفه، يلاحظ أنه يشمل حالة عدم وجود نص على الحكم، كما يشمل حالة وجود نص عليه. فمجال الاجتهاد هو ما يعرض من الوقائع سواء كانت غير منصوص على أحكامها أم كانت منصوصاً على تلك الأحكام بنص

---

[1] – **يراجع فى الاجتهاد بصفة عامة عند علماء الأصول:**

- الشيخ / ابن أمير الحاج: **المرجع السابق، الجزء الثالث**، ص ٢٩١.
- الإمام / الغزالى، **المستصفى، المرجع السابق، الجزء الثانى**، ص ٣٥٠
- الشيخ / الآمدى: **المرجع السابق، الأجزاء الأول، الثانى، الثالث، الرابع، السادس.**
- الشيخ / **التفتازانى: المرجع السابق، الجزء الثانى**، ص ٢٨٩.
- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى: **المرجع السابق، الجزء الرابع**، ص ١١٣٤.
- الإمام / محمد بن على الشوكانى: **المرجع السابق**، ص٢٥٠.
- د / محمد سلام مدكور: **المدخل للفقه الإسلامى**، ص٢٧٧.
- الشيخ / محمد زكريا البرديسى: **المرجع السابق**، ص٤٥٩.

ظنى الثبوت أو الدلالة ويستوى فى هذا المجال كافة النصوص التشريعية، سواء ما تعلق منها بموضوعات تدخل فى إطار القانون الجنائى أو غيرها .

ونكتفى بإيضاح هذا الأمر تاركين الحديث عن ضوابط الاجتهاد المشروع والفارق بينه وبين القول بالرأى المذموم والممنوع إلى الموضع المناسب فى الباب الأخير، عند الحديث عن ضوابط الابتداع القضائى الجنائى فى الشريعة الغراء والقانون الوضعى.

المطلب الثانى
الحاجة الدائمة للاجتهاد عند تهيئة النص للتطبيق

أحاول فى هذا الموضع تبيان المجال الذى حدده فقهاء الشريعة للنصوص التى يلزم عند النظر فى معانيها إعمال ضوابط و قواعد الاجتهاد بالمعنى المتقدم ذكره، حتى لا تترك عملية تفسير النصوص الشرعية نهباً للأهواء و التحكمات الشخصية .

وعلى هذا فيمكن القول أن مجال الاجتهاد يتسع لاستنباط الأحكام للوقائع الجديدة فى حالة عدم وجود النص، وذلك بما نصب الشارع من أمارات للدلالة على الأحكام، كما أنه متسع فى حالة وجود النص على تفصيل عمرت به كتب الأصول، نوجزه فى العرض التالى، بما ينفع هذه الدراسة[١]. ونشير إلى أن هذا البحث يقابله فى الفقه المعاصر ما سبق الحديث عنه من آراء الفقهاء حول تحديد مجال التفسير ومدى ضرورته.

ويرى غالبية فقهاء الشريعة الغراء أن من أبرز ألوان الاجتهاد فى حالة عدم وجود النص: القياس ويمكن تعريفه بأنه إعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة منصوص عليها لتساويهما فى علة جامعة لذلك الحكم لا تدرك بمجرد معرفة اللغة[٢]. واجتهاد المستنبط يقوم فى هذه الحالة على بذل الجهد للتحقق من

---

[١] **راجع مصادر الشريعة فيما لا نص فيه:**

- د/ محمد سلام مدكور: **المرجع السابق**، ص٢٨٠.
- د/ بدران أبو العينين بدران: **بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه، المرجع السابق**، ص٩٨، ٩٩، ١٠٥.
- د / زكريا البرى: **المرجع السابق**، ص٢٥٣.

[٢] **انظر فى تعريف الظاهر وحالات التأويل:**

- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى: **المرجع السابق، الجزء الأول**، ص٤٦
- الشيخ / أبو بكر السرخسى: **المرجع السابق، الجزء الأول**، ص١٦٤.
- د / محمد أديب صالح: **المرجع السابق**، ص٨٧.
- الشبخ / عباس متولى حمادة: **المرجع السابق**، ص٤٥٧.
- د / محمد زكريا البرديسى: **أصول الفقه، المرجع السابق**، ص٢٣٠.
- الأستاذ / عبد القادر عوده: **التشريع الجنائى الإسلامى**، ص١٨٩.
- د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٣٨٢، ٤٢٣. الجزء الخاص ببحث مسألة القياس.

إمكان القياس، وإعطاء الحكم للواقعة الجديدة، وذلك عن طريق البحث فى علة الحكم ليصار إلى تعدية هذا الحكم لكل واقعة وجدت فيها تلك العلة .

ونحن نرى تفصيل الأمر بحيث يصير القياس نوعين، أحدهما يصدق عليه الرأى السابق، والثانى يدخل ضمن صور الاجتهاد فى فهم النص ذاته، وهذا محور هام من محاور هذه الدراسة، ومن جوانب التجديد فيها على الصعيدين الشرعى والقانونى كما سيتضح لاحقاً.

وأما فى حالة وجود النص، فيقوم الاجتهاد على تفهم معنى النص، والكشف عن مرامى ألفاظه ومدلولاتها، فهو اجتهاد ضمن دائرة النص الموجود فى حدود الأصول اللغوية والتشريعية[1].

ولقد مر بنا أن بيان التفسير هو بيان ما فيه خفاء ، والتفسير الذى نعنيه هو اجتهاد يؤدى إلى هذا البيان .

فاللفظ من حيث هو قد يكون واضحاً وقد يكون مبهماً. وفى حالة وضوحه لا يخلو بعض أنواعه من الاحتمال تجعله محتاجاً إلى تحديد المراد.

فعلى المفسر أن يعلم أن اللفظ إما باق على احتماله، فهو من الظاهر أو أنه قد قام الدليل الذى رجح غير الظاهر فأصبح مؤولاً. وهذا هو العمل الذى يقوم به المستنبط وهو اجتهاد عن طريقه يدرك المعنى المراد.

وفى حالة إبهام اللفظ تتعدد الدرجات بما يبين معه تفرد هذه اللغة، وأعنى بها اللغة العربية وثرائها المنقطع النظير. فمن المبهم ما يزول غموضه بعمل المجتهد، وهو مجال التفسير ومنه ما لا يزول إلا ببيان من الشارع نفسه، وهو المجمل. ومنها ما لا يزول غموضه من جهة علم التفسير المتعلق بالأحكام كالمتشابه الذى لا يعد من مصادر الأحكام، مثل الحروف الواردة فى أوائل السور بالقرآن الكريم. والذى يعنينا فى هذا الموضع ما يمكن زواله بالاجتهاد، وإن كان لابد للمفسر من معرفة ما إذا كان قد ورد بيان من الشارع لهذا المجمل أم لم يرد .

- د / أحمد الألفى: **شرح قانون العقوبات الليبى، القسم العام**، ١٩٦٩، ص٨٧.

[1] – الشيخ / عبد الوهاب خلاف: **أصول الفقه**، الطبعة السادسة ١٩٥٤، ص٥٥.

- أستاذنا د / مأمون سلامة: قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص٤١، ٤٢.

- أستاذنا د / مأمون سلامة: حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون، المرجع السابق، ص٥٣، ٢٧٠، ٢٧١.

ومما يدل على اتساع دائرة النصوص التى يلزم فيها الاجتهاد أنه حتى اللفظ الخفى وهو أقل أنواع المبهم غموضاً، ولا يكلف المجتهد كبير عناء فى إزالة خفائه، إلا أنه عند إرادة تطبيق الحكم الوارد بنص فيه مثل هذا اللفظ، على واقعة جديدة يلزم الرجوع إلى مجموعة النصوص فى الموضوع مع مراعاة حكمة التشريع وما يتوخاه الشارع. وهو ما يدخل فى إطار الاجتهاد كما سلف البيان[١]. واللفظ المبهم فيه الخفى وفيه المشكل وضرورة الاجتهاد قائمة كذلك فى إزالة غموض المشكل الذى هو أكثر خفاء من سابقه، وذلك بسبب أن الغموض لم يكن لعارض وإنما كان من ذات اللفظ نفسه .

ويضرب الفقهاء مثلاً بالمشترك وهو أحد أنواعه، كما أسلفنا، لتوضيح المعنى السابق ، فإنه لابد لإزالة الغموض فيه، وتحديد أحد المعنيين، أو المعانى التى وضع لها اللفظ اجتهاد القاضى أو المجتهد. والاجتهاد هنا، كما يقرر الفقهاء، يكون بعدة وسائل. أولها: يكون عن طريق العودة إلى مجموعة النصوص المتعلقة بموضوع ما[٢].

ونحن نرى أن محكمة النقض قد دأبت على إعمال هذه الوسيلة الشرعية الأصولية فى كثير من أحكامها فى معرض استنباطها لمعنى النصوص المحتوية على ألفاظ تندرج تحت المشكل بأنواعه ومنها المشترك. والمحكمة كعادتها لا تصرح بوسيلة التفسير التى تتبعها ، ولكن تعملها مباشرة .

---

١ - د / طاهر حمودة: **دراسة المعنى عند الأصوليين**، الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، ص١٣٣.

- أستاذنا د/ يوسف قاسم: **المرجع السابق**، ص٣١٢.
- د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص١٣٦، ١٣٧.

٢ - الشيخ / عبد الوهاب خلاف: **المرجع السابق**، ص١٩٧، ١٩٨.

- د/ محمد أديب صالح: **المرجع السابق**، ص١٤٩، ١٥٠.
- د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٣٨١.
- د/ محمد سلام مدكور: **المرجع السابق**، ص٢٨٣.
- د / يوسف قاسم: **المرجع السابق**، ص٣٢٣.
- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى: **المرجع السابق**، الجزء الأول، ص١٧٦.
- د/ زكريا البرى: **المرجع السابق**، ص٢٥٩.
- الشيخ / محمد الخضرى: **المرجع السابق**، ص١٦٢.

وقد خصصنا المبحث الأخير من الفصل السابق لبيان مدى بروز تلك القواعد الأصولية فى تفسير القضاء الجنائى المصرى، متمثلاً فى أحكام محكمة النقض .

وثانى هذه الوسائل التى يمكن للمفسر استخدامها لتحديد مدلولات اللفظ المشترك : البحث عن المعنى اللغوى المستخدم عند العرب مع الاستعانة بعرف الشارع ومقاصد الشريعة. وهكذا مع أن الخفاء فى هذا النوع من المبهم كان من ذات اللفظ ، لم يمنع ذلك لإزالة الغموض من لزوم اجتهاد المجتهد[1].

وكذلك فإنه فى حالة وضع اللفظ للمعنى قد يكون عاماً بحيث يدل بوضعه اللغوى على شموله واستغراقه لجميع الأفراد التى يصدق عليها معناه من غير حصر فى كمية معينة. وقد يكون خاصاً بحيث يدل على فرد واحد أو أفراد متعددة محصورة. ومن وظيفة المفسر ضرورة الاجتهاد فى معرفة مدى دلالة اللفظ العام، وهل هو باقى على عمومه فتتسع دائرة الحكم، بحيث تشمل جميع الأفراد التى تنطوى تحته، أم أنه قد ورد عليه ما يخصصه، فتضيق دائرة الحكم بحيث تقتصر على بعض أفراد العام. وإذا لم يكن عاماً كان خاصاً .

وكذلك فلابد من الاجتهاد لتحديد ماهيته، فقد يكون مطلقاً بحيث يدل على فرد شائعاً فى جنسه وقد يكون مقيداً، وهو على عكس المطلق فلابد من الاجتهاد لمعرفة ما إذا كان المطلق باقياً على إطلاقه، أم ورد عليه ما يقيده والاحتمالات قائمة، فليس فى كل حالة يوجد فيها مطلق ومقيد يمكن حمل المطلق على

---

[1] إن استخراج الأمثلة القضائية على نهج المحكمة العليا فى تفسير كل نوع من هذه الأنواع من الألفاظ سيظهر لنا جليا فى الفصول التالية خاصة الجزء الذى اجتهدت فيه عند تحليل أحكام الهيئة العامة فى الباب الثانى.

[2] – الشيخ / عبد الوهاب خلاف، **المرجع السابق**، ص٢٠٠.

- د / محمد سلام مدكور: **المرجع السابق**، ص٢٨٥.
- د / محمد أديب صالح: **المرجع السابق**، ص١٦٥.
- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى: **المرجع السابق**، الجزء الأول، ص٥٢.
- الشيخ / أبو بكر السرخسى: **المرجع السابق**، الجزء الأول، ص١٦٨.
- الشيخ / عباس متولى حمادة: **المرجع السابق**، ص٤٧٤.
- د / محمد زكريا البرديسى: **المرجع السابق**، ص٣٩٢.
- أستاذنا د / زكريا البرى: **المرجع السابق**، ص٢٣٨.
- أستاذنا د / يوسف قاسم: **المرجع السابق**، ص ٣٢٥، ٣٢٦ ويرى سيادته أنه يمكن إزالة خفاء المشكل بالبحث والتأمل.
- د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٣٩٠.

المقيد[1]. وقد يكون الخاص صيغة من صيغ التكليف، بحيث يدل على الأمر أو النهى. ومجال الاجتهاد الضرورى هنا يتمثل فى أن المجتهد يقوم بالبحث عن القرائن التى ترجح إلى معرفة ما إذا كان الأمر باقياً على وجوبه، أم عرض له ما جعله للندب أو الإباحة أو غيرهما، وما إذا كان النهى باقياً للتحريم أم عرض له كذلك ما صرفه إلى غيره.

ومن كل ما تقدم تبدو أهمية الدراسة التفسيرية لمجموعة النصوص ذات العلاقة كالتى تنظم موضوعاً واحداً، وإدراك مدلولات ألفاظها فى إطار مشترك وضمن قواعد عامة، فإن لذلك أثر كبير فى تيسير سبل الدلالة على المعنى المراد فى مثل هذه الأحوال .

وجدير بالذكر أن هذا الأسلوب الأصولى الشرعى الذى يتخذ من النظر فى مجموعة النصوص التشريعية سبيلاً من سبل معرفة مدلول الألفاظ. ومن ثم المعنى العام للعبارات هو ما يسمى فى الفقه القانونى بالعامل التنسيقى بين النصوص. وقد فصلنا الحديث عن العامل التنسيقى بين النصوص كأحد وسائل المنهج المنطقى فى التفسير عند بحثنا لوسائل هذا المنهج فى التفسير بالباب الثانى من هذه الدراسة. وحسبنا الإشارة إلى أن استخدام محكمة النقض فى كثير من أحكامها لهذا الأسلوب التفسيرى جاء موافقاً للقواعد الأصولية الشرعية فى هذا الصدد كما يبدو من النظر التحليلى فى أحكام محكمة النقض التى أوردناها فى أكثر من موضع من هذه الدراسة[2].

كما أن الاجتهاد طريق المستنبط لإدراك أثر النهى فى المنهى عنه. كل ذلك على ضوء القواعد التى وضعها العلماء للتفسير وفى ظل مقاصد الشريعة ومبادئها العامة[3].

وهكذا تبدو الحاجة للاجتهاد فى حالة وضع اللفظ للمعنى فى شتى أحواله، كما بدت فى حالة غموض اللفظ أو حالة ظهوره، عندما يكون فى حيز الاحتمال. حتى إذا انتقلنا إلى دلالة الألفاظ على المعانى رأينا أن الدلالة لا تكون دائماً فى

---

[1] - د / محمد أديب صالح: **المرجع السابق**، ص٤٣.

- أستاذنا د / زكريا البرى: **المرجع السابق**، ص٣٢.
- الإمام / محمد بن على الشوكانى: **المرجع السابق**، ص١١٣.

[2] راجع الأمثلة القضائية التى ذكرناها فى المبحث الخاص بدراسة العامل التنسيقى عند بحثنا لأحوال التعارض، والمبحث الخاص بتحليل أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية فى الباب الثانى.

٣ راجع فى مباحث الخاص، وفيها المطلق والمقيد والأمر والنهى، د / محمد أديب صالح: تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى، **المرجع السابق**، ص٤٤ وما بعدها.

حيز العبارة، كما أسلفنا ، بحيث لا تحتاج إلى اجتهاد فى إدراكها، وإنما قد تكون الدلالة بإشـــارة النص، وفى الدلالة بالإشـــارة نوع خفاء لا يدرك إلا بالبحث والتأمل، وقد كان لعلمائنا، كما سيأتى فسحة فى ميدان الاستنباط من طريق هذه الدلالة ، حتى رأينا كثيراً من الأحكام التى كان مأخذها إشارة النص، وليس ذلك فحسـب فإن النص يدل بمقتضـاه أيضـاً بحيث تتوقف فى بعض الحالات صـحة الكلام العقلية أو الشـرعية على مقتضـى لابد من تقديره على ضـوء الاجتهاد والبحث. وتلك دلالة دعاها علماء الشريعة الغراء دلالة الاقتضـاء، وما أحسـب الحاجة للاجتهاد فى مثل هذه الحالة موضع تردد أوشك .

وعلى أن المقتضـى أثار عند علماء الشـريعة بحث صـلاحيته للعموم، فهل يعم أو لا يعم؟، ونتج عن ذلـك اختلاف فى كثير من الفروع كـانـت من آثـار اختلافهم فى مسـالك الاستنباط التى قام عليها اجتهادهم فى تفسير النص، وبيان دلالاته على المعنى المراد[1] .

ولقد يدل اللفظ على حكم للمسكوت عنه لاشتراكه مع المنطوق بعلة تدرك بمجـــرد معرفة اللغة ، وقد اجتهد العلماء فى الحكم على نوع هذه الدلالة ، أهى دلالة لفظية أو قياســية وتترتب على ذلك آثار يبحثها الفقهاء عند كلامهم فى الدلالات[2]. و قد صرحت المحكمة العليا بالتزامها التام بما قرره علماء الأصول فى هذا الصدد. وقد نقضت المحكمة العليا أحكاماً للمحاكم الأدنى لم تلتزم، دون قصـد بتلك القواعد الأصـولية الشـرعية. وقد بحثنا هذا الأمر بالتفصـيل مع ذكر التطبيقات القضــائية عليه عند الحديث تفصــيلاً عن أنواع البيان، ومدى أخذ محكمة النقض بالمفاهيم الشرعية فى أحكامها[3].

وهكذا نرى أن تشـــعب اللفظ من جهة المعنى وتنوع الدلالات، أن الحاجة ماســة للاجتهاد عند التفســير أياً كان حال النص مدار التفســير ، فالحكم، كما

---

[1] الشيخ / أبو بكر السرخسى: **المرجع السابق**، الجزء الأول، ص١٢٥، ١٢٦.

- الإمام/ الزمخشرى: أساس البلاغة، تحقيق عبد الرحيم محمود، مطبعة دار الكتب المصرية، ص١٢.
- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى: **المرجع السابق**، الجزء الأول، ص٣٠، ٣١.
- د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص١٩١ وما بعدها.
- الأستاذ / عبد القادر عوده: **المرجع السابق**، ص١٩٩.
- د /كمال الجوهرى: **المرجع السابق**: ص٢١١، ٢١٢ وما بعدها.

[2] – راجع فى بحث دلالات الألفاظ على الأحكام عند الحنفية والمتكلمين د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص١٦١ وما بعدها.

٣ راجع المبحث الخاص بأنواع البيان فى هذا الباب لما لنا فيه من اجتهاد جديد.

أسلفنا، لا يؤخذ من العبارة فحسب بل قد يكون مدلول الإشارة أو الاقتضاء أو الدلالة، وبصورة عامة، فاللفظ يدل بمنطوقه ومفهومه .

والذى ذكرناه من لزوم الاجتهاد فى حالة وجود النص ، وذلك بفهمه والكشف عن معانيه، يسرى من باب أولى على القياس. ذلك بأن القياس فى حقيقته لابد لإعماله من تفهم النص المقيس عليه، ولا يتسنى إدراك العلة المشتركة بين الواقعة المنصوص عليها، وبين الواقعة الجديدة المراد إعطائها الحكم من جديد إلا بفهم النص فهماً صحيحاً، وإدراك مرامى ألفاظه، ومعرفة حدود العلة التى على أساسها قام الحكم، ومن أجلها كان التوجيه إليه. ولن يكون الباحث قائساً سليم القياس إلا بذلك، فكانت الحاجة للاجتهاد وضرورة إعمال قواعده بالمعنى الذى أردناه مطلوباً فى الحالتين[١].

والخلاصة التى اتضحت لنا إذن من هذا العرض أن ضرورة التفسير للنصوص عند إعمالها أمر تتفق عليه آراء الفقهاء الشرعيين وفقهاء القانون المعاصر. بيد أن الدقة التى تناول بها علماء الأصول الموضوع ليست موضع مقارنة من حيث الدقة والتحليل المستفيض على ما سلف عرضه موجزاً، وحرى بالفقه القانونى أن ينهل من هذا المعين الدفاق، وينقل هذا التراث إلى الحالة العلمية المعاصرة التى تتيح لأكبر عدد من المتعاملين مع النصوص من فقهاء، وقضاة، ومحامين، ومثقفين الأخذ بهذه القواعد .

إن تكريس الأخذ بهذه القواعد الأصولية، وتيسير تداولها فى الأوساط القانونية خاصة والعلمية بصفة عامة، من شأنه توحيد النظر المبدئى فى النصوص المكتوبة باللغة العربية القانونية وحتى الأدبية وغيرها، وهو ما يختصر كثيراً من الوقت والجهد من جهة ، ويمنع ويقطع الطريق على كثير من ظواهر الشطط الفكرى والدينى المرتكز أساساً على مفاهيم مغلوطة، ومبدئيات لغوية ومنطقية لا أساس لها فى فهم النصوص الشرعية وتلك النصوص يمثل جزءاً منها، جزء من النظام القانونى فى مصر والبلاد العربية.

وهذا الجزء يزيد مع الأيام كما هو معلوم لاعتبارات كثيرة ليست هذه الدراسة مجال تعداد ها، حتى يتم التطابق التام بينهما عند إتمام التطبيق للشريعة الغراء فى المجال القانونى والقضائى. وهذه الملاحظة أوردناها فى نهاية هذا الجزء لكونها تلقى الضوء على جانب من الهدف الذى تتغياه هذه الدراسة ، كما أوضحناه فى المقدمة.

---

[١] الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى: الرسالة، **المرجع السابق**، ص٥٠٩، ٥١١، انظر أيضاً كتابه اختلاف الحديث ص١٤٨، ١٤٩ بهامش الجزء السابع من الرسالة، الطبعة المشار إليها من قبل.

الفصل الثالث

<u>الخصائص العامة للتفسير القانونى</u>

يتناول هذا الفصل الخصائص العامة للتفسير القانونى من خلال بيان المقصود بخصائص التفسير، واستجلاء مجال التفسير (بالنظر إلى القواعد التى تكون محلاً للتفسير) فى المبحث الأول مع عرض المسائل الخاصة بتحديد مجال إعمال قواعد التفسير للنصوص الجنائية. ونعرج فى المبحث الثانى إلى طبيعة قواعد التفسير القانونى (بالنظر إلى العلم الذى تندرج فيه). أما المبحث الثالث فخصصناه بيان أنواع التفسير (بالنظر إلى الجهة القائمة بالتفسير). مذيلاً هذا الفصل بمبحث ختامى نعرض فيه لنتائج التفسير ، وآثار العملية التفسيرية .

- **<u>تمهيد : المقصود بخصائص التفسير :</u>**

تحتل النظرية العامة للتفسير فى أنواع القانون بصفة عامة ، وفى الشريعة الجنائية بصـــفة خاصـــة أهمية فى الأنظمة القانونية المعاصـــرة، وبالرغم من اعتبار تفســـير القانون عملاً فنياً يأتى بالممارســـة العملية أكثر من البحث فى الآراء العلمية التى ليست الدراسات النظرية، تساعد المفسر على أداء مهمته، فالنظرية لم تلق العناية الكافية من الفقهاء فى مصر، وقد يرجع ذلك إلى الشعور بأنها تتعلق بفلســفة القانون، وعلوم المنطق والاســتدلال اللغوى أكثر من تعلقها بالقانون الوضـــعى، وهو اعتقاد نرى مع جانب من الفقه أنه محل نظر، إذ أن نظرية التفســير وإن اســتندت إلى علوم المنطق واللغة، فإنها تســتند إلى نظرية التفسير الوضعى، وهى بصفة عامة محصلة كل هذه العلوم الاجتماعية[1].

<u>إن التفســير بمعناه الواســع يقصــد به تلك العملية الذهنية التى يمكن بها التوصل إلى المعنى الحقيقى للنص القانونى وشرحه، ليتسنى للقاضى تطبيق النص على الوقائع المعروضـــة أمامه على نحو يلائم تطور الحياة، ويحقق غاية النظام القانونى، دون مســـاس بألفاظ أو عبارات، دون تحريف بإدارة النص عن مقصدها.</u>

وفى هذا التعريف يتضح لنا أن التفسير ينصب على الألفاظ والعبارات التى منها يتكون النص، وأن غرضه الوقوف على إرادة النص، وغايته الإسهام من خلال بيان سائر النصوص فى تحقيق الصالح العام الذى يتغياه النظام

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص١٠١.

القانونى. فالتفسير عملية ضرورية مستمرة بالنسبة لكافة النصوص القانونية، فهو أول الطريق إلى تطبيقه على الوقائع التى يحكمها تطبيقاً صحيحاً يستقر به لدى الأفراد شعورهم بسلامة القانون وعدالته[1].

ومشكلة تفسير النصوص القانونية مشكلة عامة، فلا يختص بها قانون دون قانون، وهى قديمة قدم القانون ذاته فى حياة الإنسان، وهى فى أغلب الظن باقية ما بقى الإنسان على الأرض يعمل ويتعامل مع غيره، يتعدى تارة ويتعدى عليه تارة أخرى، وتحكمه فى هذا وذلك قواعد ونصوص قانونية .ومن هذا التحليل نتبين الخصائص العامة للتفسير، فهى الموضوعات التى تشكل السمات المميزة له كعلم، والأوصاف التى تعبر عن كليات وأصول هذا العلم، وهى التى اجتهدنا فى تبيانها تحت عدة عناوين، هى مجال التفسير، ومدى ضرورته، وطبيعة قواعده، وأنواعه، وآثاره، ونتائجه. ذلك فضلاً عن مدلوله اللغوى والشرعى والوضعى، والذى يعد الأساس الذى تبنى عليه هذه الخصائص[2].

وتشتد الحاجة إلى تفسير النصوص القانونية على وجه الخصوص كلما أريد تطبيق هذه النصوص، والتفسير القضائى الذى تصب فيه كافة أنواع التفاسير الأخرى، كما سيبين لنا، لا بد من تقرير وسائل تضمن وحدته وسلامته. ومن ثم كانت محكمة النقض فى أعلى الهرم القضائى تتولى هذه المهمة بصفة عامة. ولعل القواعد القانونية التى تتضمنها التشريعات الجنائية عقابية أو إجرائية هى من أبرز الأمثلة على هذا النوع الذى تشتد فيه الحاجة إلى سلامة التفسير وعدالته وتوحيده.

المبحث الأول

مجال التفسير

بالنظر إلى القواعد التى تكون محلا للتفسير

السؤال الذى يطرح نفسه هو بيان القواعد القانونية التى تكون محلاً للتفسير؟ هل هى القواعد القانونية على اختلاف قوتها وتدرجها، والصادرة عن هيئة تشريعية؟ أو مستند إلى عرف؟ أو غير ذلك من مصادر القاعدة القانونية ؟

---

[1] د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٢.

[2] – د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص١٠١.

– د / عبد الوهاب حومد: دراسات متعمقة فى الفقه الجنائى المقارن، **مطبوعات جامعة الكويت**، ١٩٨٣، ص ٣٩١.

انقسم الفقه ، فيرى الجمهور، أن التفسير يجب أن يقتصر على القواعد القانونية التشريعية، وهذا الرأى يستند أى أن التفسير يتطلب أن تكون القاعدة مصوغة فى عبارات وألفاظ، وهذا لا ينطبق إلا على التشريع الذى قد تكون نصوصه غامضة، أو يوجد بينها تناقض أو تعارض مما يقتضى الترجيح والتوضيح، أما غير ذلك من القواعد، فيرى هذا الجانب من الفقه أنه ليس فى حاجة إلى تفسير[1] .

ويرى بعض الفقه أن التفسير يرد على جميع القواعد القانونية، سواء الصادرة عن السلطة التشريعية أو المستندة إلى العرف أو حتى المستندة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أو مبادئ القانون الطبيعى، أو مبادئ العدالة انطلاقاً من أن المقصود من التفسير هو تحديد معنى القاعدة القانونية أياً كان مصدرها[2].

ويرد هذا الجانب من الفقه على ما قرره الفريق الأول، من أن بقية القواعد القانونية غير التشريعية ليست بحاجة إلى التفسير، يرد على ذلك بأنه بالنسبة للعرف، فإن كثيراً منه ما يكون مكتوباً، وبالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه لكى نستخلص منها قاعدة قانونية يجب الرجوع إلى القرآن الكريم والسنة، ولهذان المصدران قواعدهما المصاغة فى ألفاظ وعبارات. فضلاً على أن المذاهب الفقهية المختلفة المدونة فى العديد من الكتب والتى يستلزم الرجوع إليها بصدد مسألة ما، يستلزم جهداً كبيراً لفهم فحواها والوقوف على معانيها. مما يجعل مثل هذه القواعد وهى كذلك فى حاجة إلى التفسير، كما يحاول هذا الجانب من الفقه أن يورد الأدلة على أن قواعد ومبادئ القانون الطبيعى والعدالة أيضاً يمكن أن تخضع للتفسير.

- **<u>الخلاصة :</u>**

ويقف بين هذين الرأيين رأى فى الفقه نؤيده، وهو يرى أن التفسير يمكن أن يرد على جميع القواعد القانونية التشريعية منها وغير التشريعية، باستثناء

---

[1] – د/ عبد الرازق السنهورى ود/ أحمد حشمت أبو ستيت: **المرجع السابق**، ص٢٠٠.

- د / محمد على عرفة: **المرجع السابق**، ص١٨٤.
- د/ عبد الفتاح عبد الباقى: **المرجع السابق**، ص٢٣١.
- د / توفيقا حسن فرج: **المرجع السابق**، ص١٥٣.

[2] د/ منصور مصطفى منصور: **المرجع السابق**، ص٢٤٤.

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. إذ أن التفسير لا يتصور بالنسبة لهذه المبادئ لكونها غير محددة سلفاً، كما أنها غير مستقرة وغير مجمع عليها[1] .

تصحيح الفكرة، وفى حقيقة الأمر أن ما يقوم به القاضى إذا لجأ إلى مبادئ القانون الطبيعى ومبادئ العدالة، هو أنه يجد حلاً للمسألة المعروضة عليه لعدم وجود حل فى القواعد التشريعية أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية فى الحدود التى يأخذ بها القانون المصرى، أى أنه حين لا يجد حلاً للمسألة فى هذه المصادر يلجأ إلى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى؛ لأنه يكمل التشريع فى هذه الأحوال، الأمر الذى يجعل مثل هذه المبادئ غير قابلة بطبيعتها لأن تكون محلاً للتفسير .

وقد صارت بعض الأنظمة القانونية فى مثل هذا الاتجاه ، ففى إنجلترا حيث يسود نظام القانون العام كان يوجد ما يسمى بمحاكم العدالة إلى جانب محاكم القانون، وكان المتقاضون يلجأون إلى محاكم العدالة حينما يستشعرون أن قواعد القانون العام لن تسعفهم فى الوصول لحل منازعاتهم[2].

وقد ذهب القانون المدنى السويسرى كذلك إلى أنه إذا لم يوجد نص قانونى يمكن تطبيقه على النزاع، فعلى القاضى أن يلجأ إلى العرف، فإن لم يسعفه الأخير، فإنه يحكم وفق القواعد التى يقررها إذا عرضت عليه تلك المسألة بصفته مشرعاً. وفى هذا الاتجاه، إفصاح عن الميل إلى جعل القاضى يكمل التشريع بصورة واضحة رسمية فى حالة خلو التشريع من نص يعالج مسألة ما[3].

ويبين من العرض المتقدم مدى الصلة بين الحديث عن مجال التفسير والحديث عن ضرورته بحيث كان من الممكن بحث آراء الفقهاء فى المسألتين

---

[1] – د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٢٩.

– د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٣٥، حيث يرى سيادته أن ما يقوم به القاضى عندما يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، هو إيجاد حل لمسألة غير منصوص عليها، وذلك بسد النقص فى التشريع، أو ما يطلق عليه تكميل التشريع، وسوف نعود لبحث مسألة تكميل التشريع وبسط الآراء والنظريات التى قيلت بشأنها فى الباب الثالث من هذه الرسالة.

[2] د / إبراهيم شحاتة: فى اجتهاد القاضى، نظرة مقارنة، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، عدد الثانى، السنة الرابعة، يوليو ١٩٦٢، ص٤٢٠.

[3] د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٣١، أشار إلى نص المادة المذكورة بالمتن من القانون المدنى السويسرى.

معاً، إلا أننا رأينا تجزئة الموضوع فى مبحثين متتالين لمزيد من التحليل، وللفت الانتباه إلى تعدد الرؤى التى ينظر بها الفقه لهذا الموضوع المبدئى الهام[١].

● المسائل الخاصة بتحديد مجال إعمال قواعد التفسير للنصوص الجنائية :

إذا كان ما سبق عرضه من آراء هو ما استقر عليه جمهور الفقه، بشأن تحديد مجال إعمال التفسير فى القانون فى فروعه المختلفة بصفة عامة، فإن الفقه قد تحدث جانب منه عن مجال التفسير فى قانون العقوبات وخصوه ببعض القواعد المتعلقة بتحديد مجال التفسير ، وكذلك المتعلقة بمدى ضرورته[٢] .

وفى هذا الصدد يمكن القول بأن التشريع العقابى يتضمن نوعين من القواعد، **النوع الأول**: وهى تلك القواعد التى تحدد الجرائم والعقوبات، ويضاف إليها القواعد المشددة للعقاب. أما **النوع الثانى** : فيشمل القواعد التى يترتب على تطبيقها استبعاد العقاب أو تخفيفه، إذ أن التشريع العقابى يشمل هذين النوعين من القواعد، وطبقاً لهذا الرأى، فإن مجال التفسير فى قانون العقوبات يختلف باختلاف نوعية القواعد .

وقبل بيان عدم صحة هذا الرأى ، فإننا نسرد أدلته، حيث يرى أنصاره أنه بالنسبة للنوع الأول: وهى القواعد المحددة للجرائم والعقوبات والمشددة للعقوبة فإن القاعدة المقررة فى الدستور والواردة بنص المادة ٦٦، والتى مؤداها أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، والمعروفة بمبدأ الشرعية. وهى ذات

---

[١] حيث يتناول الفقه هذه الأفكار فى الجزء الخاص بالحديث عن مجال التفسير تارة وفى الجزء الخاص بمدى ضرورة التفسير تارة أخرى.

انظر فى ذلك:

- د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ٣١.
- د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص ٣٣ وما بعدها.
- د / محمد منصور: **المرجع السابق**، ص ٢٩.

[٢] - د/ نجيب حسنى: **شرح قانون العقوبات، القسم العام**، **المرجع السابق**، ص٨٤.

- د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٣٢.

القاعدة المقررة أيضـــاً فى المادة الخامســـة من قانون العقوبات الحالى، والتى تقضـــى بأنه يعاقب على الجرائم بمقتضـــى القانون المعمول به وقت ارتكابها. فيرى هذا الجانب، أن هذين النصـــين يقصـــرا مجال اســـتنباط الأحكام. ومن ثم إعمال قواعد التفسير على النصوص التى لا تتضمن جرائم وعقوبات. وأما فى مجال التجريم والعقاب على النصوص التشريعية بمعناها الموضوعى، أى تلك التى تقرر قواعد عامة مجردة بصرف النظر عن السلطة التى أصدرتها سواء كانت السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية فى الحالات التى يخولها القانون ذلك الأمر[1].

وتعد السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل فى التشريع، إذ أنها تضم ممثلين لجميع فئات الشعب وتعبر عن آماله، وتهدف إلى تحقيق مصلحته وفقاً للمجرى العادى للأمور فى جميع الدول الديمقراطية، ولذلك فهى دون غيرها المنوط بها وضـــع وتنظيم المســـائل الماســـة بالحريات والحقوق العامة، ومن بينها تحديد الجرائم والعقوبات. ووفقاً لنصـــوص الدســـتور المصـــرى، فإن للسلطة التشريعية أن تصدر ما تشاء من التشريعات تحقيقاً للمصلحة العامة ، فإذا كانت هذه النصـــوص تتعلق بالجريمة والعقوبة، فيجب أن يحدد فيها الفعل الإجرامى بطريقة واضـــحة وأن تكون شـــاملة على العقوبة الواجبة للتطبيق بصدده[2].

ويستطرد أنصار هذا الرأى المضيق من سلطة الفقه والقضاء فى التفسير، فيقولون بأنه حتى بالنســـبة للســـلطة التنفيذية، وعندما يجوز لها أن تصـــدر تشريعات، فإن ذلك يكون على سبيل الاستثناء، وفى حالات يحددها الدستور أو القانون. و هذه الحالات هى اللوائح التنفيذية طبقاً لنص المادة ١٤٤، واللوائح التنظيمية التى تنظم شأنها المادة ١٤٦من الدستور، وكذلك نص المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٦٩لسـنة ٨١، وأخيراً لوائح الضـبط المستندة إلى المادة ١٤٥من الدستور الحالى، وتتقيد السلطة التنفيذية حتى داخل هذا الإطار بذات ما تتقيد به السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل من ضرورة الوضوح والتحديد والصراحة عند صياغة النصوص المتضمنة لجرائم أو عقوبات . فإذا ما تضـــمنت هذه اللوائح جرائم معينة وعقوبات توقع على

---

[1] – د / محمود نجيب حسنى: **شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق،** ص٤٨.

– نفض ٢٩ يناير سنة ١٩٦٨ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٩، رقم ٢١، ص١١٥.

- Merle et Vitu , **op. Cit.**, No ١٤٤, p. ١٩٥

[2] د/ نجيب حسنى: **شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق،** ص٨٣.

مرتكبيها ، فإنها تعد نصـوصـاً تشـريعية يطبقها القاضـى الجنائى وعليه أن لا يفسرها عند التطبيق[1].

ونحن لا نذهب مع هذا الرأى إلى عدم تقرير حق المفسر قاضياً كان أو فقيهاً فى إعمال قواعد التفسير فى هذا النطاق التشريعى، سالف التحديد. ويكفى أن نذكر فى معرض الرد على هذا الرأى بكافة الانتقادات التى وجهت لنظرية النص الواضح، والتى سبق وأن عرضناها بالتفصيل[2].

ويبدو أن سبب الخطأ الذى وقع فيه أصحاب الرأى السابق هو عدم التفرقة بين حق المفسر فى إعمال قواعد التفسير بشكل عام، وبين إعمال قواعد القياس والنظر فى المصلحة المحمية من وراء النص، ومراعاة المبادئ العامة للنظام القانونى، وهى جزء من قواعد علم التفسير، من الممكن والمقبول الحديث، بشأن مدى حق المفسر فى اللجوء إليها فى حالة النص الواضح خاصة نصوص التجريم والعقاب .

والملاحظة السابقة نرى أنها يمكن أن تساق لتبرير ما ورد ببعض أحكام محكمة النقض بطريقة مطلقة، من عدم جواز اللجوء لقواعد التفسير عند وضوح النص، وقد سقنا هذه الأحكام عند الحديث عن نظرية النص الواضح، وأبدينا انتقادنا لجانب من الفقه، أراد أن يتشبث بظاهر ما ورد بهذه الأحكام للقول باعتناق محكمة النقض لمبادئ نظرية النص الواضح فى قضائها الجنائى .

وأما النوع الثانى من القواعد القانونية التى تميز القانون الجنائى ، وهى قواعد استبعاد العقاب وتخفيفه، فإنه من المستقر عليه فقهاً أنها تشكل المجال الأساسى لممارسة التفسير فى القانون الجنائى، وتضم حالات استبعاد العقاب وتخفيفه، وتشمل أسباب الإباحة، وموانع المسئولية، والأعمال المعفية من العقاب والأعذار والظروف المخففة. ويذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن

---

[1] – نقض ١٢ يناير سنة ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٠ رقم ١٠ ص٣٥.

- نقض ١٦ مارس ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٠ رقم ٧٠ ص٢١٥.
- نقض ٣٠ مارس ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٠ رقم ٨٥ ص٣٧٧.

* وتذهب هذه الأحكام إلى أن اللوائح نصوص تشريعية تعد مصدرا للتجريم والعقاب ، وقد كان دستور ١٩٥٦ يجيز لرئيس الجمهورية أن يفوض غيره فى إصدار اللوائح التفويضية ونفس الوضع فى دستور ١٩٦٤ .

د/ محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، مقال مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٨، ص٤٨.

– د/ عبد الفتاح حسن: **التفويض فى القانون الإدارى وعلم الإدارة العامة**، ص٩٨، ١٠٩ وما بعدها.

[2] راجع الفصل الأول من هذا الباب.

أسباب الإباحة تشمل استعمال الحق، والدفاع الشرعى، واستعمال السلطة، ورضاء المجنى عليه فى بعض الحالات[1].

والجمهور على أن أسباب الإباحة ليست واردة فى القانون على سبيل الحصر، فقد يكون مصدر الإباحة قانون العقوبات، أو أى فرع آخر من فروع القانون بصفة عامة، كما أنه يمكن استخلاصها من العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ومن مبادئ القانون الطبيعى ومن قواعد العدالة. ومن ثم فإنه يجوز القياس فى أسباب الإباحة باتفاق معظم الفقه والقضاء. وحجتهم فى ذلك أن القياس في هذه الحالة لا يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بل يتفق والمصلحة التى قدر الشارع تحقيقها عندما قرر مبدأ الإباحة فى ظروف معينة[2]

.

ونرى أن الحجة المساقة تصلح للتدليل على إباحة القياس فى المسألة المثارة ولكن لا يصح التدليل بتلك الحجة، من الوجهة الأصولية، على كون النصوص القانونية قد أوردت أسباب الإباحة على سبيل المثال أم الحصر[3].

وعلى ذلك فإن القاضى عند تفسير النصوص المنظمة لأسباب الإباحة له يتعرض للمصادر التشريعية المتمثلة فى قانون العقوبات والقوانين غير الجنائية، وله أن يتعرض أيضاً لقواعد من العرف أو من الشريعة الإسلامية. ويدخل فى إطار هذا النوع القواعد المتعلقة بموانع المسئولية فى التشريع المصرى، والتى تتمثل فى الإكراه والضرورة المنصوص عليها من المادة ٦١ عقوبات، والجنون والعاهة العقلية والسكر غير الاختيارى، والمنصوص عليها

---

[1] – أستاذنا د / مأمون سلامة: **قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق**، ص١٨٢ وما بعدها.

– د/ أحمد فتحى سرور: **الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام**، دار النهضة، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ١٩٨١. ويضيف سيادته حالة الضرورة إلى أسباب الإباحة.

– د/ نجيب حسنى: **شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق**، ص ١٥٢.

[2] **المرجع السابق مباشرة**، ص١٥٢.

– د/ رمسيس بهنام: **المرجع السابق**، ص٣١٤.

– د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٣٦.

[3] يذهب أستاذنا د / مأمون سلامة إلى أن أسباب الإباحة واردة فى القانون على سبيل الحصر، إلا أن سيادته يرى مع الجمهور جواز القياس عليها، ومن ثم يتحد تقريبا الأثر العملى للرأيين.

– د / مأمون سلامة: **قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق**، ص١٩٠ وما بعدها. والحجة التى سقناها بالمتن تضاف إلى الحجج التى ذكرها سيادته فى تأكيد الرأى الذى نذهب إليه .

فى المادة ٦٢ عقوبات، وكذلك صغر السن المستفاد من نصوص قانون الأحداث رقم ٣١ لسنة ٧٤ .

ويرى الفقه فى غالبه أن حالات الامتناع عن المسئولية واردة فى القانون على سبيل المثال، بحيث يمكن للفقه والقضاء أن يستخلص منها قواعد عامة فى هذا الصدد. وأما الأعذار المعفية من العقاب ، وهى حالات يعفى فيها الجانى من العقاب رغم توافر أركان الجريمة، وهى مقررة بهدف تحقيق مصلحة المجتمع التى تتمثل فى إحدى الصور التالية :

الإبلاغ عن الجريمة والمساهمين فيها أو العدول عن الاستمرار فى الجريمة، وإصلاح الضرر الناتج عن الجريمة، أو الإقلال منه مراعاة لبعض الاعتبارات الإنسانية المستمدة من القرابة أو المصاهرة. فهذه الأعذار وكذلك الأعذار المخففة للعقاب هى حالات يحددها الشارع على سبيل الحصر، ويلتزم فيها القاضى بأن ينزل العقوبة المقررة بالنص المبين للجريمة والقواعد المنصوص عليها فى القانون[1].

ومن ثم فهذه القواعد لا تدخل عند أصحاب هذا الرأى ضمن مجال التفسير الذى يترك فيه الحرية للقاضى لإعمال قواعد التفسير المختلفة، كما يشاء. ويستند أصحاب هذا الرأى إلى ما استقر فى قضاء النقض ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ إلى أن أسباب الإباحة لا يجوز التوسع فى تفسيرها بطريق القياس أى أنها قصرت دور القاضى على تطبيق النص التشريعى فى هذا الصدد فحسب. إلا أنه بالإضافة إلى الأدلة التى سقناها من قبل لدحض هذا الرأى فإن الاستدلال بحكم المحكمة العليا، السالف، يؤدى إلى تأكيد الرأى الذى نقول به، وليس إلى ما أراد هذا الجانب من الفقه .

---

[1] د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ٢٦٠.

المبحث الثانى

طبيعة قواعد التفسير القانونى

بالنظر إلى العلم الذى تندرج فيه[1]

إن الفقه الجنائى يتوزعه بهذا الخصوص مذهبان، رأى يذهب أنصاره إلى أن قواعد التفسير ليست إلا قواعد منطقية خالصة يعملها المفسر فى إطار نشاط ذهنى مجرد يتبين من خلاله مدى انطباق قاعدة تفسيرية. ما على النص الذى هو بصدد تفسيره، والرأى الآخر يعتقد أصحابه أن قواعد التفسير تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الكامل لهذا المصطلح. فقواعد التفسير تتكون شأنها شأن القواعد القانونية كافة من شقين: الشق الأول هو شق التكليف. والشق الثانى هو شق الجزاء، وتفصيل ذلك على النحو التالى:

- **شق التكليف :**

به تتوجه القاعدة إلى المخاطبين بها، فتلقى على كل منهم واجباً يلتزم به، وهم فى الغالب الأعم القضاة، وبالتالى تفرض القاعدة احترامها، وهو طاعة ما أوجبت فى الشق الأول من واجبات يتمثل فى التكليف الذى تفرضه القاعدة التفسيرية فى أمر موجه إلى القائمين بتفسير القانون بفهم نصوصه على نحو معين[2].

- **شق الجزاء :**

ويتمثل فى اعتراف النظام القانونى بكل نتيجة تم التوصل إليها على خلاف ما توجبه قاعدة التفسير بمقام معين، وهذا الرأى هو الجدير بالتأييد، ذلك أن قواعد التفسير ليست فى حقيقة الأمر سوى ضوابط لعمل المفسر تحول بينه وبين الشطط فى فهم النص. وبعبارة أخرى قيود ترد على إطلاق حرية التفسير، بحيث يؤدى عدم الالتزام بهذه القيود إلى بطلان التفسير الذى تحلل صاحبه من سلطاتها[3] .

ولذلك فمن المستقر عليه فى الفقه الأمريكى مبدأ مؤداه أن استعمال سلطة التفسير من جانب القضاء، أو المخالفة الواضحة لقواعد تفسير النص الجنائى

---

[1] – د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ٥٧.

– د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ٩٢.

[2] – د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ١٦٨.

[3] – د / محمد محمد منصور: **المرجع السابق**، ص٨٢.

تبطل الحكم وتجعله مخالفاً للدستور. وهذا المبدأ معمول به فى مصر من عدة أوجه كما سيبين عند تفصيل المسائل المتعلقة بعمل محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا[1].

ويبنى هذا المبدأ على كون الدستور هو القانون الأعلى الذى يضمن احترامه تحقيق العدالة، ولما كان الخروج على القواعد المستقرة لتفسير النص القانونى بصفة عامة والجنائى بصفة خاصة مهددا للعدالة، فإنه يعتبر مخالفاً للدستور ومن ثم باطلاً[2].

---

[1] - د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٩٢. وأشار سيادته إلى مراجع فى الفقه الأمريكى.

[2] - د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ٢٠٩.

- د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٩٢.

المبحث الثالث

أنواع التفسير

بالنظر إلى الجهة القائمة بالتفسير

- **تمهيد:**

يتناول هذا المبحث أنواع التفسير بالنظر إلى الجهة القائمة بالتفسير من خلال ثلاثة مطالب، يتناول أولها التفسير التشريعى من خلال بيان تعريفه، والهدف من التفسير الرسمى أو التشريعى، وصوره، وأخيراً الأثر الناتج عن التفسير التشريعى. أما المطلب الثانى، فيتناول التفسير الفقهى من خلال بيان أولاً : تعريف التفسير الفقهى، ثانياً: خصائص التفسير الفقهى، ثالثاً: العلاقة الخاصة بين الفقه والقضاء فى مجال التفسير، رابعاً: الصلة بين الفقه وجهات التشريع، ونختم هذا المبحث بملاحظتنا حول طبيعة العلاقة بينهما. والمطلب الثالث: التفسير الإدارى، أولاً: مدلول التفسير الإدارى، ثانياً: خصائص التفسير الإدارى، ثالثاً: التفويض التشريعى، أما المطلب الأخير فيتناول التفسير القضائى.

يذهب معظم الفقهاء[1] إلى أن التفسير ينقسم بحسب الهيئة التى تقوم به إلى أربعة أنواع التفسير التشريعى والتفسير الفقهى، والتفسير القضائى، وأخيراً التفسير الإدارى، وعلى ذلك يتم تخصيص فرع لكل نوع على النحو التالى:

---

[1] - د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ٧٩.

- د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص٣٩.

- د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٥٩.

المطلب الأول

التفسير التشريعى[1]

أولاً : تعريف التفسير التشريعى :

يمكن أن نعرف التفسير الرسمى أو التشريعى بأنه عمل تشريعى تصدره السلطة التى أصدرت العمل التشريعى السابق المراد تفسيره ، أو هيئة مفوضة منها فى ذلك ، وذلك لبيان حقيقة المقصـــود من هذا التشـــريع ، وعلى ذلك فلا يجوز لسـلطة أدنى أن تقوم بتفسـير نص صـادر من سـلطة أعلى إلا بتفويض خاص بالتفسير من السلطة التى أصدرته ، وإلا كان عملها باطلاً لخروجه عن نطاق اختصاصها[2].

ويرى البعض أن التفسـير الصـادر من هيئة مفوضـة، وإن كان ملزماً، إلا أنه يتصـف بصـفة الهيئة المصـدرة له. ومن ثم يكون تفسـيراً قضـائياً أو إدارياً بحسب الأحوال .

---

١ راجع بصدد التفسير التشريعى المراجع التالية:

- Gean Pradel, "**Introduction, Droit Penal General**", Edition ١٩٧٣ et ١٩٨٤, P. ٢٣٧–٢٣٨

- د / عبد الرازق السنهورى، ود/ أحمد حشمت أبو ستيت: **المرجع السابق**، ص٢٠١.
- د/ أحمد صفوت: مقدمة القانون، **المرجع السابق**، ص١٧٠.
- د / سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص١٩٨ .
- د/ عبد الفتاح عبد الباقى: **المرجع السابق**، ص٣٣٢.
- د/ حسن كيرة: المدخل إلى علم لقانون، **المرجع السابق**، ص٣٩٩.
- د/ منصور مصطفى منصور: **المرجع السابق**، ص٢٤٦.
- د/ على راشد، ود/ يسرى أنور على: **المرجع السابق**، ص١١٦.
- د/ رمسيس بنهام : **المرجع السابق** ، ص١١٧ .
- د/ محمود نجيب حسنى: **المرجع السابق** ، ص٨٧ .
- د/ توفيق حسن فرج: **المرجع السابق**، ص ١٥.

٢ – د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٢٥٩. د/ هشام القاسم: **المرجع السابق**، ص١٤٤.

– د/ أنطوان قسيس: **المدخل للعلوم القانونية**، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ص٢٥٤.

- Garraud (Rene), " **Traite Thearique Et Pratiquedu Drait Penel Francais**" , TI, ١٩١٣ NO ١٤٤.

ونرى أن هذا الخلاف نظريا وليس له أثر عملى، إذ أن التفسير الصادر من هيئة مفوضة ملزماً أياً كانت نوعيته. ويقصد بالتفسير التشريعى ذلك الذى يصدر عن المشرع نفسه، ويكون إما وقت صدور النص أو بعد صدوره إذا وجد ما يدعو لذلك[1]. وكان الفقه التقليدى يذهب إلى أنه إذا كان المشرع هو الذى يضع التشريع، فيكون هو أقدر من غيره على تفسيره.

والتفسير التشريعى يستند إلى فكرة أخرى أيضاً، هى فكرة الفصل بين السلطات. فالقضاء عليه فقط واجب تطبيق التشريع، فإذا وجدوا غموضاً فيه، فعليهم أن يلجأوا إلى المشرع الذى وضعه ليفسره لهم، لا أن يقوموا هم بتفسيره، فينحرفوا عن المعنى الذى قصده المشرع نفسه. ويرى البعض[2]أن التفسير التشريعى ينطوى على قدر من عدم الثقة فى قدرة القضاء على التفسير أو عدم أمانتهم فيه .

ونحن نرى أن هذا الرأى قد جانبه الصواب، فالحق أن التفسير التشريعى هو تشريع تصدره السلطة المختصة، لتستدرك على ذاتها ما فاتها فى التشريع الأصلى. وكذلك لتسهل على القضاة والمتقاضين المخاطبين بأحكام تشريعاتها ، تسهل عليهم تحصيل مراد الشارع من النص دون الدخول فى اختلاف يعطل بلوغ الغاية من التشريع .

ويرى "جينى" أن التفسير التشريعى ينطوى من ناحية أخرى على الاعتقاد بكمال التشريع وكفايته لحسم جميع المنازعات ، بحيث لا يوجد بجانبه مصدر آخر يمكن الرجوع إليه، بل يرجع إليه وحده ولو اقتضى الأمر الرجوع فى شرحه وتفسيره إلى السلطة التى أصدرته[3].

ونحن نرى أن هذا الرأى ينطوى على مبالغة ويدحضه الواقع، إذ أن القانون مهما كان واضح الدلالة صريح النصوص، فإن القاضى سيعمل على تفسيره ليطبقه على الوقائع المعروضة عليه. وليس من أهداف السلطة التشريعية حجب السلطة القضائية عن أداء وظيفتها المنوطة بها دستورياً .

---

[1] – د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ٣٩.

[2] – د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨٦.

– د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص٣٨.

- Allen, ,"**Law in the Making**", ٧th Ed., London, ١٩٧٥, p٤٢٢. C.K.

حيث يشير إلى امتناع Lord Halisbury L.C. عن الحكم فى قضية Hilder V.Dexter التى نظرت عام ١٩٠٢ .

[3] د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨٦.

فالسلطات ليس من شأنها ولا من دوافع ممارساتها لوظائفها المنوطة بها عدم الثقة فى بعضها البعض .

ولعل أبرز نظم التفسير التشريعى التى عرفت فى التاريخ، هو نظام التفسير التشريعى الإلزامى الذى وضع فى فرنسا عقب الثورة الفرنسية مباشرة تحت اسم الرجوع التشريعى **Refere Legislatif**، بمقتضى مرسوم ١٦-٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ ، وهو نفس المرسوم الذى أعلن مبدأ الفصل بين السلطات، وأعطى كذلك الوعد بإصدار تقنيات شاملة لكل قواعد القانون.

وحتى يمكن فهم هذا النظام لابد أن نربط بينه وبين نظام محكمة النقض الفرنسية التى أنشئت بمقتضى تشريع ديسمبر سنة ١٧٩٠، وقد جاء فى المادة الأولى من هذا التشريع "تنشأ محكمة للنقض إلى جوار المجلس التشريعى".

وكانت فكرة واضعى هذا القانون أن محكمة النقض من أجهزة المجلس التشريعى، وليست كما هى الآن من أجهزة السلطة القضائية، وأن وظيفة محكمة النقض هى السهر على حُسن تطبيق القانون، وإصدار قرارات بنقض أحكام القضاء المخالفة للتشريع، وتعتبر قراراتها فى حكم المراسيم[١]. فإذا أصدرت محكمة النقض قراراً قضائياً، ثم صدر بعد ذلك حكماً قضائياً آخر مخالفاً للتفسير الذى قررته محكمة النقض، بما يؤدى إلى نقض هذا الحكم أيضاً ، فمعنى ذلك أن هناك غموضاً فى التشريع الذى أدى إلى مقاومة المحاكم للتفسير الذى قررته محكمة النقض. فى هذه الحالة يجب على محكمة النقض أن تحيل المسألة محل الاختلاف فى التفسير إلى المجلس التشريعى ليصدر فيها تشريعاً تفسيرياً، والرجوع إلى المجلس التشريعى هو رجوع إلزامى **Refere obligatoire** .

وقد أدى هذا النظام إلى إرهاق المجلس التشريعى، وإلى تعطيل الفصل فى المنازعات القضائية، ولذلك ألغى بمقتضى تشريع ٣٠ يوليو ١٨٢٨، وتشريع أول أبريل سنة ١٨٣٧. ولكن إلغاء الرجوع الإلزامى إلى السلطة التشريعية فى تفسير القوانين لا يمنع هذه السلطة من إصدار تشريعات تفسيرية فى أى وقت تشاء، وبصفة خاصة عندما يرى المشرع أن قانوناً أصدره قد شابه من الغموض، أو عدم الوضوح ما يقتضى تدخلاً تشريعياً جديداً لإيضاحه أو لجلاء ما به من غموض. وغالباً ما يكون ذلك عندما ينشب حول هذا القانون خلاف كبير بين المحاكم فى فهم هذا القانون. ومن ثم تطبيقه فيضطر المشرع إلى التدخل مرة أخرى لحسم هذا الخلاف عن طريق تحديد المراد من ذلك النص.

---

[١] وغنى عن البيان أن نظام محكمة النقض الفرنسية تغير بعد ذلك، حيث أصبحت المحكمة المذكورة ليست فقط من أجهزة السلطة القضائية بل على قمة هذه الأجهزة.

ولعل هذا التدخل الجديد من جانب المشـــرع هو الذى حدا بفقهاء القانون إلى إطلاق مصطلح التفسير التشريعى على هذا الإجراء الذى يلجأ إليه المشرع إذا ما دعاه غموض النص أو الاختلاف على معناه إلى مثل هذا التدخل[1].

ونحن نرى أنه من الأوفق أن يطلق مصطلح التفسير التشريعى على التشريعات التى تتحدث صراحة عن تفسير لتشريعات سابقة شابهها الغموض، بينما من الأوفق إطلاق مصطلح التشريع التفسيرى على التشريع الجديد الذى يستكمل به أحكام لتشريع سابق. وعلى كل حال، فالعبرة بحقيقة التشريع، وتظل هذه المصطلحات رهناً بإرادة المستخدم لها، وكما يقال لا مشاحة فى الاصطلاح وإنما العبرة بحقيقة الواقع.

وهذا التعبير "التشريع التفسيرى" الذى استخدمته محكمة النقض المصرية فى أحكامها هو الذى حدا بنا إلى إبداء الملاحظة السابقة ، ونضيف أن عدم اعتباره نوعاً من تفسير النصوص التشريعية أمر مهم لما له من أثر قانونى. إذ فرق كبير بين عبارة "تفسير تشريعى" وعبارة "تشريع تفسيرى"، فالأخيرة تؤكد معنى أننا بصدد تشريع جديد يصدر عن السلطة التشريعية بصرف النظر عن العلة التى اقتضت صدوره.

أما إذا كان العمل التشريعى الصادر من جانب المشرع يستكمل به عملاً تشريعياً سابقاً ، فهو بهذه المثابة تشريع جديد وإن جاء مكملاً لتشريع سابق، وبناءً على ذلك فإننا نفضل إخراج ما يدخل فى مثل هذا الفرض من حالات التفسير التشريعى، وإن اصطلح أحياناً على تسميته بالتفسير التشريعى فى مطبوعات البرلمان أو الجهات ذات الصلة بتطبيق التشريع الأصلى والمكمل.

ويلاحظ أن قيام الخلاف بين المحاكم حول تفسير نص تشريعى ليس شرطاً يلزم توافره لكى يعمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيرى، بل يكفى فى هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستبن قصده الحقيقى كى يتدخل بإصدار تشريعى جديد يكون بمثابة تشريع تفسيرى[2].

- **موقف محكمة النقض من الخلاف الدائر حول تاريخ سريان التفسير التشريعى :**

---

[1] – د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨٦ وما بعدها.

– نقض ٢ فبراير سنة ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٠ رقم ٢٩ ص ١٢٧.

[2] د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص ١١٢.

إن محكمة النقض قد قضت بأن "التفسير التشريعى يعتبر كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع بالقانون محل التفسير منذ تقنينه لا مرتباً لحكم جديد. ومن ثم يعتبر نافذاً منذ تاريخ العمل بالقانون الأصلى " .

وقضت المحكمة العليا كذلك بأنه "إذا كان التفسير التشريعى هو الذى يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق حسبما لما يثار من خلاف بشأنه، فإن التشريع لا يلغى التشريع السابق، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعاً جديداً، طالما أنه يوضح قصد الشارع من التشريع السابق عليه، وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذى يفسره على الحالات التى لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعى"[1].

وجدير بالذكر أن التفسير التشريعى بمعنى صدور قانون لاحق لتفسير حكم قانون سابق قد غدا أمراً نادر الوقوع، بحيث لم يلجأ إليه المشرع فى مصر منذ سنوات عديدة، وأغلب الظن أن المشرع لن يجد مستقبلا حاجة للالتجاء إلى هذا النوع من التفسير، وذلك بعد أن أصبح تفسير القوانين اختصاصاً أصيلاً للمحكمة الدستورية العليا التى أنشئت بمقتضى القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٧٩، من ثم، تكفيه هذه المؤونة.

وغنى عن البيان أن صدور تشريع تفسيرى من السلطة التشريعية لا يعنى بالضرورة غلق باب التفسير أمام القضاء بالنسبة لهذا التشريع الجديد، إذ قد يعتور النص الجديد مثل ما اعتور النص القديم من غموض أو إبهام.

وجدير بالذكر أن هذا النوع من "التفسير التشريعى أو الرسمى" يتكون من قواعد قانونية وظيفتها أن تتولى شرح غيرها من القواعد القانونية، وهى قواعد تصدرها ذات السلطة التى أصدرت القاعدة محل التفسير أو سلطة أعلى منها تملك إصدارها، وقد تصدرها جهة أخرى بموجب تفويض يخولها سلطة إصدارها[2].

وكقاعدة عامة إذا فوضت جهة معينة بإصدار قانون ما فإنها تمتلك بعد إصداره أن تصدر قانوناً لاحقاً يفسر الأول، وذلك لأنها تكون قد استنفذت

---

[1] – جلسة ٢٣/ ٥ / ١٩٦٧ **نقض مدنى** السنة ١٨، ص ٩٢٧.

– الطعن ١٤٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٨/ ١٢ / ١٩٧٧ **نقض مدنى** السنة ٢٨.

[2] – د/ عبد الوهاب العشماوى: تفسير القضاء للنصوص بالتشريعات الجنائية، **مجلة الأمن العام**، العدد ١٠٧، ١٩٨٤، ص ٢-١٢.

السلطة الاستثنائية المحول لها بموجب هذا التفويض ما لم يكن التفويض يتضمن صراحة أو ضمناً سلطة إصدار مثل هذا القانون المفسر[1].

وقد تصدر القاعدة المفسرة معاصرة للقاعدة محل التفسير . ومن أمثلة ذلك المادة ٨٥ عقوبات مصرى التى تحدد معنى السر، وقد وردت ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة من الخارج، وقد صدرت عن المشرع فى نفس الوقت الذى عدل فيه هذه الفئة من الجرائم بموجب القانون ١١٢ لسنة ١٩٥٧ الصادر فى ١٩ سن مايو ١٩٥٧. ومن الأمثلة أيضاً تفسيره للمراد بكلمة "المغريات " فى المادة ١٠٢أ عقوبات، والمادة ٢٣١ عقوبات التى تعرف سبق الإصرار.

كما قد تصدر القاعدة المفسرة فى تاريخ لاحق على القاعدة محل التفسير، والتفسير التشريعى يلتحق بالقاعدة القانونية الأصلية، ويصبح جزاءً منها، وبالتالى فإنه يكون ملزماً حتى بالنسبة للوقائع السابقة فيها، طالما أنها لا تتضمن حكماً جديداً أو نص أشد ، فإنها لا تطبق فى هذه الحالة إلا بالنسبة للوقائع اللاحقة الخاص بقسائم البريد الدولية[2].

وبناءً على ما تقدم تسرى القاعدة السالفة بأثر رجعى فى الحدود الموضحة. ويذهب البعض إلى فعالية الأثر الرجعى للنص المفســر الجديد، حتى ولو كان يضيف إلى الأول معنى لم يكن يدخل فى مقصود النص الأصلى، والمثال الذى يســوقه هذا الجانب من الفقه كأثر لهذا الرأى أنه إذ صـــدر حكم مبرم لا يقبل الطعن، فإنه يحوز قوة الحكم المبرم رغم ما كشفت عنه القاعدة المفسرة اللاحقة من أنه حكم بنى على تفسير خاطئ للقاعدة محل التفسير[3].

هذا وينبغى ملاحظة عدم الخلط بين القواعد المفســرة لغيرها ، والقواعد القاضـــية للنزاع، فهذه تعتبر قواعد جديدة، ولما كانت لاحقة عن القاعدتين أو أكثر ثار بينهما نزاع فإن مفعولها يكون من وقت إصـــدارها، ولا تطبق بأثر رجعى. وينبغى كذلك عدم الخلط بين القواعد المفسـر، التى تصـدرها السـلطة التشـريعية ، والمبادئ التى تصـدر عن الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض، فهذه

---

[1] – د/محمود مصطفى: **المرجع السابق**، ص٣ وما بعدها.

– د/محمود نجيب حسنى: **المرجع السابق**، ص ٩٣ وما بعدها.

[2] – جر سبينى: **القانون الجنائى**، ١٩٦٢، ص ٣٣٥ وما بعدها فقرة ٣ مشار إليه فى د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ٢٧٥.

– د/رمسيس بهنام: **المرجع السابق**، ص ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨.

[3] د/عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ٢٦٤.

ليســت لها قوة ملزمة قانوناً، ولا يعدو دورها مجرد إثارة السـبيل وإزالة الشـك أمام الجهات القضائية المختلفة ، حيثما نتصدى لتفسير قاعدة ما[1].

ثانياً : الهدف من التفسير الرسمى أو التشريعى :

إن الغرض من هذا التفسير هو إيضـاح المعنى الحقيقى المراد من الشـارع بشأن نص معين، سبق أن أصدره عندما يجد أن المحاكم قد فسرت هذا التشريع على وجه يخالف مراده. وقد أصبح التفسير التشـريعى نادر الحدوث ذلك، لأن مبدأ الفصـل بين السلطات جعل من مهمة القضـاء التفسير والتطبيق ، لذلك نجد أن السلطة التشريعية تنأى بنفسها عن التدخل فى أمر تفسير النصوص بعد أن تصدرها[2].

ثالثاً : صور التفسير التشريعى :

يرى جانب من الفقه بحق[3] أن التفسير التشريعى إما أن يكون مصاحباً للنص أو يكون لاحقا له. والتفسير التشريعى المصاحب للنص يمكن تصوره عندما يقوم الشارع بتحديد معانى بعض الألفاظ المستخدمة فى قانون معين فى بداية نصوصه، كما أنه يمكن تصوره فى الحالة التى يحدد الشارع المعانى لبعض الألفاظ، ويعدد من يشملهم الشارع بالتفسير التشريعى.

ويؤدى التفسير التشـريعى المصـاحب للنص إلى تلافى غموض محتمل أو غير متوقع فى فهم بعض تلك النصوص، فهو يود أن يحدد لألفاظه معان محدده قد تكون مختلفة عن اســتخداماتها فى فروع أخرى للقانون. وأما التفســير التشريعى اللاحق للنص، ففيه يقوم الشارع ببيان مضمون نص أو عدة نصوص بسبب حدوث خلاف فى القضاء حول تفسيرها، أو لأن الجهات المعنية بالتفسير تقوم بتفسيرها بمعان تتناقض مع ما أراده الشارع لها.

ومن التشـريعات التى انتهجت خطة التفسـير التشـريعى المصـاحب للنص قـانون العقوبـات المصـــرى[4]. وكـذلـك التشـــريعـات التى تـأخـذ بـالنظـام

---

[1] انظر: جرسببيني: **المرجع السابق**، فقرة ٣، ص ٤٣ وما بعدها. مشار إليه فى د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص ٢٦٤ وما بعدها.

[2] د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص٣٩.

[3] د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨٣.

[4] مثال ذلك فى قانون العقوبات المصـرى المواد ١٠، ١١، ١٢ والتى تعرف كل من الجنايات والجنح والمخالفات، والمادة ٤٥ التى تحدد معنى الشـروع، والمادة ١/٤٨ التى توضـح المقصـود بالاتفاق الجنائى، والمادة ٢٣١ التى تبين معنى سبق الإصرار، والمادة ٢٣٢ التى تحدد معنى الترصد. أنظر فى تعداد أمثلة أخرى فى التشريع المصرى.

الأنجلوسكسونى[1]. أما قانون العقوبات الفرنسى فقد تعددت فيه حالات التفسير المصاحب لم يخل كذلك من تفسير لاحق[2].

وفى المملكة العربية السعودية تتضمن بعض النظمة (القوانين) نصوصاً تحدد الجهات التى تختص بالتفسير. وتعتبر هذه التفسيرات تفسيرات تشريعية ملزمة للقضاء[3].

رابعاً : آثار التفسير التشريعى :

الأثر الأول : "الإلزام" من المسلم به فى الفقه أن التفسير التشريعى يفرض نفسه على جميع الجهات القضائية على اختلاف درجاتها، وكذلك على جهات الإدارة، ومن مزاياه كذلك أنه يحسم الخلاف، ويزيل كل شك يكون قد أثير يصدد تفسير التشريع قبل صدور التفسير التشريعى.

والأثر الثانى: "الفورية" **أن سريان التفسير التشريعى يكون منذ لحظة صدوره، أى الوقت المحدد لبدأ العمل به، كما أنه ينطبق على جميع العلاقات التى يحكمها التشريع السابق محل التفسير منذ صدوره، والتى مازالت منظورة أمام المحاكم ، ولم تصدر بصددها أحكام حازت حجية الأمر المقضى به، وذلك أمر منطقى لأن التشريع التفسيرى ليس تشريعاً جديداً ، إذ أنه فى الأصل لا يتضمن قواعد جديدة بل يشتمل على قواعد توضح معنى النصوص المراد تفسيرها أو كيفية تحديد معناها. وعلى ذلك فإنه يعتبر قد صدر مع التشريع الأصلى الخاص به، ويسرى على كل ما ينطبق عليه ذلك الأخير[4]. والذى يستفاد**

---

[1] – د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ٤٠. وأشار سيادته فى تفصيل الأمثلة التشريعية إلى:

- Thornton, **"Legislative Drafting"**, ٢nd , ED., London, ١٩٧٩, P.٩٥-١٠١.

– د/ حسن كيرة: **المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق**، ص ٥١٤.

– د/ عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية، المرجع السابق**، ص٣٦٤.

[2] مثال التفسير المصاحب فى قانون العقوبات الفرنسى المادة ١٠٢ فقرة ٣، ٤ والتى تحدد معنى كلمة الأسلحة، والمواد ٣٩٣، ٣٩٧، ٣٩٨ التى تحدد معنى الكسر أو النقب فى السرقة وكذلك السرقة بالمفاتيح المصطنعة.

انظر تعداد هذه الأمثلة وغيرها من أمثلة التفسير اللاحق فى التشريع الفرنسى:

- Gean Pradel, . **ed cit**., P. ٢٣٧-٢٣٨.

[3] – د/ محمد سليم العوا: **المرجع السابق**، ص ٤٠. وذكر سيادته أمثلة عديدة من التشريعات السعودية.

[4] د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٦٣. وأشار سيادته إلى لمرجع الأصلى Ratan DI ص٨٩٧ عمود ١ .

- La Legga E piu Previdente Del Legislathive .

من قضاء محكمة النقض ميله إلى الرأى الفقهى الذى يجعل العبرة بسريان التشريع الأصلى واعتبار التشريع التفسيرى مجرد أداة للتفسير[1].

والجدير بالذكر أن بعض الفقهاء يرى بحق[2] أنه من المفترض فى التشريع التفسيرى أن لا يعدل من مضمون التشريع السابق ولا يضيف إليه جديداً. ولكن قد يحدث التشريع التفسيرى بعض التعديلات لنصوص التشريع الأصلى، أو يضيف إليه نصاً أو معنى جديداً. ونرى أنه فى هذه الحالة، فإن ميعاد سريان النصوص غير التفسيرية، أى المستحدثة لمعانى وأحكام جديدة، ينبغى أن يكون منذ تاريخ صدورها، ولا يجوز تطبيقها بأثر رجعى.

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كان ما أضيف إلى النص الأصلى من خلال التفسير التشريعى يشكل جريمة قائمة بذاتها، أو يجعل الجريمة القائمة أشد جسامة، ففى هذه الحالة لا يطبق النص بأثر رجعى ولو أطلق عليه نص تفسيرى. أما إذا كان ما أضيف بواسطة النص التفسيرى يمثل وضعاً أفضل للمتهم، فإنه يطبق باعتباره تشريعاً أصلح له، وذلك طبقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية. بل ويتقرر ذات الحل طبقاً لهذا الرأى أيضاً بالنسبة للقوانين غير الجنائية، وإن جاز الخروج عليه إذا تحققت شروط معينة طبقاً لنص المادة ١٨٧ من الدستور الحالى[3].

وعلى هذا فالشارع لا يمكنه تقرير سريان تشريع جنائى بأثر رجعى، ولو فعل ذلك لوصم عمله بعدم الدستورية. ومن ثم فنحن نرى مع جانب كبير من الفقه أنه يجب على القضاء التحقق دائماً ما إذا كان التشريع الصادر تفسيرياً أم تشريع جديد. وذلك لأن المعول عليه فى تحديد ما إذا كان التشريع تفسيراً أو هو تشريع جديد ما يستخلص من مضمون نصوص التشريع أيا كان الوصف الذى يخلعه الشارع عليه. ومن المتصور أن يصدر الشارع قواعد موضوعية تحت ستار التفسير مستهدفاً الإفلات من قاعدة عدم الرجعية[4]. وقد قضت المحكمة

---

[1] – الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٣، **نقض مدنى** س ١٨ ص ٩٢٧.

– جلسة ٦/٢٢/ ١٩٧٥ **نقض جنائى** س ٢٦ ص ٥٨٢.

[2] – د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨٧.

[3] – د/ رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق**، ص٨٦.

– د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق**، ص٧٠، ٧١.

[4] – د/ محمود نجيب حسنى : **المرجع السابق** ، ص١٠٢ .

– د/ جلال ثروت : **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ص٧٠ .

العليا بأن "القانون لكى يكون تفسيرى يجب ألا يكون قد استحدث تجريم أفعال كانت مباحة قبل صدوره".

ولكن ما الحكم إذا تضمن التشريع اللاحق المقال أنه تفسيرى حكم جديد مخالف للتشريع الأصلى ؟ الفقه منقسم فى هذه المسألة إلى فريقين ، فريق يرى أن التشريع التفسيرى هو الأحق بالإعمال دائماً، وفريق آخر يرى التفرقة بين أن يكون التشريع التفسيرى قد صدر من الجهة التى أصدرت التشريع الأول، أم أنه صدر من جهة مفوضة. ففى الحالة الأولى، يجب إعمال التفسير التشريعى باعتبار أن السلطة الأصلية هى التى أصدرته، وفى الحالة الثانية، حالة التفويض، فإن التشريع الأصلى هو اللاحق بالإعمال[1].

ونحن نرى أن حل هذه المسألة يكمن فى الالتزام بقاعدة تدرج التشريعات من حيث القوة عند التعارض الحقيقى الذى يستعصى على الجمع. ومن ثم ففى الفرض الماثل ينظر إلى موقع التشريع التفسيرى اللاحق والمتضمن الحكم المخالف للتشريع الأصلى، فإن كان فى ذات الدرجة، أى صادراً من ذات الجهة المصدرة للتشريع الأصلى عد ناسخاً للتشريع الأصلى وواجب الإعمال باعتباره تشريعاً جديداً ينظم المسألة محل التشريع الأصلى ، وبغض النظر عن تسميته بتشريع تفسيرى .

وبالتالى نرى أنه ينطبق بأثر فورى من تاريخ صدوره. وإن كان التشريع المقال عنه تفسيرى، والمتضمن نصاً مخالفا للتشريع الأصلى قد صدر من جهة أدنى درجة من الجهة المصدرة للتشريع الأصلى بتفويض من هذه الأخيرة، فإنه يعد مخالفاً للتفويض بتضمنه أحكاماً مخالفة للتشريع الأصلى، ولا يعتد به فيما خالف فيه التشريع الأصلى ما دام معمولاً به ويظل خاضعاً للقواعد العامة فى التفسير فيما يعتريه من غموض أو تعارض أو نقص.

وبالنسبة لما يثيره هذا الجدل الفقهى من مشكلة عملية خاصة بسريان التفسير الرسمى من حيث الزمان، فإننا نرى مع جانب من الفقه[2] أن على القضاء التشدد فى فحص حقيقة التشريع التفسيرى، حتى لا يتخذ هذا النوع من التفسير وسيلة ملتوية لجعل التشريع ذا أثر رجعى ، لأن هذا يتعارض مع مبدأ عدم رجعية القوانين كما سلف البيان.

- نقض جنائى جلسة ١٩٥٩/٣/٢ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٠ رقم ٢٩ ص١٢٧.

[1] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٧٨ . وانظر عكس هذا الرأى فى الفقه الإيطالى المراجع المشار إليها برسالة د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٨٠ .

[2] د/رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٨٦ وما بعدها.

لذا فلا شك أن هناك فرق بين التفسير التشريعى بالمعنى الصحيح بين تعديل النص. فالتفسير التشريعى أو الرسمى هو ما ينصرف إلى توضيح معنى تشريع سابق ، أو تحديد نطاق إعماله، أو إزالة تعارض بين نصوصه. ففى هذه الحالات يسرى التشريع المفسر على العلاقات السابقة عليه، ومنذ تاريخ سريان القانون محل التفسير. ومن أمثلة ذلك التفسير التشريعى الصادر بالقرار رقم ١ لسنة ١٩٦٣ من هيئة الإصلاح الزراعى، بشأن ما يعد أرضاً زراعية . وقصر القضاء نطاقه على تعيين الحد الأقصى للملكية الزراعية[1].

أما إذا كان التشريع الجديد معدلاً للتشريع السابق أو متضمناً حكماً جديداً، فلا نكون بصدد تفسير بالمعنى الصحيح، حتى ولو نصت السلطة التشريعية على أنه تشريع تفسيرى، لأن العبرة بحقيقة النصوص لا بعنوان التشريع، ومن ثم فمثل هذا التشريع يعتبر تشريعاً عادياً. وينفذ بأثر فورى. وهذا الاتجاه هو الذى تبناه مجلس الدولة المصرى[2]، فضلاً عن محكمة النقض، كما سبق البيان .

---

[1] الطعن رقم ٢٣٥٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٩.

[2] - نقض رقم ٢١٣٣ م٢ **المحكمة الإدارية العليا** جلسة ٥/١٦ / ١٩٦٥ ص٢١٨٦ .

- نقض رقم ٦٠٤ **مجموعة الإدارة العليا** جلسة ١/١٣/ ١٩٦٣ص٦٢٣.

- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٧ وما بعدها.

المطلب الثانى

التفسـير الفقـهى[1]

أولاً : تعريف التفسير الفقهى :

يمكن أن نعرف التفســير الفقهى بأنه ذلك التفســير المنســوب إلى الفقهاء، والموجود ضمن مؤلفاتهم فى شروحهم للنصوص القانونية. والتى تتضمن كذلك فتاويهم وتحليلاتهم للأحكام القضائية، وكذلك ما قد يعن لهم من إبداء توجيهاتهم، أو نقد للشارع فى سبيل علاج نقص أو تعارض بين النصوص[2].

وأما مصطلح الفقه: فيشمل المؤلفات والشروح التى يكتبها أساتذة القانون والقضاء والمحامون وغيرهم من المشتغلين بالقانون. واصطلاح الفقه يمكن أن يؤخذ كمراد لاصطلاح شرح القانون أو تفسيره. وإذا كنا قد رأينا أن القيام بالتفسير يعد عملاً استثنائياً نادراً بالنسبة للمشرع، فليس للفقه وظيفة أهم من تفسير القانون، بل ذهب البعض إلى أن التفسير هو الوظيفة الوحيدة للفقهاء[3].

---

[1] - **انظر فى التفسير الفقهى بصفة عامة :**

- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٥٩ .
- د/ سمير تناغو : **النظرية العامة للقانون** ، منشأة المعارف ، ١٩٧٤ ، ص٧٤٥ .
- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٠٦ وما بعدها .
- د/ عبد الرازق السنهورى ود/ أحمد حشمت أبو ستيت : **المرجع السابق** ، ص٢٠٢ .
- د/ أحمد صفوت : **المرجع السابق** ، ص١٧١ .
- د/ حسن كيرة : **المدخل إلى علم لقانون** ، **المرجع السابق** ، ص٤٠١ .
- د/ منصور مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٤٨ .
- د/ على راشد ود/ يسرى أنور على : **المرجع السابق** ، ص١٠٨ .
- د/ هشام القاسم : **المرجع السابق** ، ص١٤٦ .
- د/ أنطوان قسيس : **المرجع السابق** ، ص٢٧٦ .
- د/ عبد الفتاح خضر : **النظام الجنائى أسسه العامة فى الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامى** ، الجزء الأول ، ١٩٨٢، ص٧٩ .

- Jean, **op. Cit.**,p. ٨٨.

[2] – د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٧ وما بعدها.

[3] – د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٠٥.

غير أننا لا نرى تحجيم الدور الذى يناط بالفقه إلى حيز تفسير النصوص فحسب، والواقع المشهود حجتنا فى ذلك. فإذا ما نظرنا إلى عمل الفقهاء عندما يعرضون بالبحث لنص تشريعى، فإننا نرى أنه لا يقتصر جهدهم على تحصيل الحكم القانونى الذى قصد المشرع تقريره من النص، بل يقوم الفقه بممارسة أساليب الإجتهاد المتنوعة لتبيان الأوصاف الجوهرية المميزة للحالة النموذجية التى نظر إليها المشرع عند تقريره لحكم ما.

ومن جهة أخرى يقوم الفقه بتحليل ونقد التطبيقات القضائية للنصوص القانونية .

ومن ناحية ثالثة يضطلع الفقه بدور فعال فى رصد الظواهر الاجتماعية واقتراح الحلول التشريعية لها. وأخيراً فإن الفقه يكرس جزءاً هاماً من دراساته فى المقارنة متعددة الجوانب بين الأنظمة القانونية والقضائية العالمية بغية التطوير النظرى للأفكار والعملى للوسائل فى كافة جوانب الحياة القانونية فى المجتمع .

ويذهب البعض إلى أن التزام الفقه بقواعد المنطق السليم عند التفسير، واعتماد ما تؤدى إليه هذه القواعد بصورة مجردة، ودون النظر إلى النتائج العملية التى يؤدى إليها تطبيق التشريع بهذا التفسير على الحالات الواقعية ، كل ذلك من شأنه أن يبعد بالفقه عن الحاجات العملية للمجتمع. ويضيف هذا الجانب من الباحثين تبريراً لهذا النظر بأن الفقه لا تعرض عليه حالات واقعية يطلب منه الفصل فيها فالتفسير عنده غاية لا وسيلة[1].

ونحن نرى أنه وإن كان صحيحاً أن الفقه من غاياته الرئيسة القيام بالتفسير، إلا أن ذلك لا يعنى مجافاة التفسير الفقهى للواقع العملى بصورة مطلقة. ذلك بأن اطلاع الفقه على النواحى العملية المتصلة بتطبيق نص ما أمراً ملموساً من خلال الأحكام القضائية ومن خلال الاتصال المباشر بالمجتمع ومؤسساته. ولا ضير أن يقال أن التفسير القضائى أكثر قرباً وتأثراً بالواقع العملى من التفسير الفقهى. فالفارق بين نوعى التفسير فى هذه النقطة فارق فى الدرجة وليس فى الطبيعة .

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٣٩.

١ – د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٠٦ وما بعدها .

– د/رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٩٢ .

وجدير بالذكر أن الفقه قام فى بعض مراحل التاريخ بدور يتعدى مجرد تفسير القانون، وكتابة الأبحاث الهادفة إلى تطويره[1]. ويرى البعض أن الفقه فى الشريعة الإسلامية يتجاوز دوره التفسيرى والبحثى ، فهو المصدر الثالث من مصادر التشريع الإسلامى[2].

- **رأينا حول الطبيعة الخاصة للفقه ودوره فى النظام القانونى الإسلامى:**

ونحن نرى ضرورة توضيح الرأى السابق بالقول بأنه فى منظومة التشريع الإسلامى، فبعض الأعمال الفقهية التى قام بها من بلغ مرتبة الاجتهاد من الفقهاء تعد المصدر الثالث بعد القرآن الكريم والسنة المطهرة للتشريع الإسلامى. ومن ثم فالفقه بالتحديد السابق احتل هذه المكانة فى النظام الإسلامى باعتباره حصيلة اجتهادات العلماء التى مرجعها الكتاب والسنة. وهؤلاء العلماء من طبقة الصحابة والتابعين كانوا هم حملة الوحى بنوعيه الكتاب الكريم والسنة المطهرة، أضف إلى ذلك امتلاكهم لناصية اللغة وإلمامهم بأنواع البيان، وشهودهم أو معرفتهم بالوقائع المصاحبة للتنزيل، وهو المعين الذى تكونت منه بعد ذلك علوم الناسخ والمنسوخ وأسباب النزول.

أردت بإبداء تلك الملاحظة تنزيه الشريعة الغراء من مظنة النقص المستدعى لاستكمال مصادرها بقول أو رأى لكائن من كان بعد المعصوم صلى الله عليه وسلم. وإنما الفقه فى تلك القرون الأولى، والتى هى خير القرون، كما فى الصحيح، بمثابة الوعاء البشرى المزكى الذى توافرت فى أشخاصه شرائط الاجتهاد وعدالة الرواية، والفهم الدقيق لمرامى ومعانى المرويات . ومن ثم كان علماؤه هم المشرفون بنقل المصدرين الأصليين إلى عامة الناس كما هما منزهين عن الزيادة والنقصان .

---

[1] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٠٥. حيث يذكر سيادته أنه فى النظام القانونى الرومانى كان الفقه من بين مصادر القانون.

[2] – د / عمر عبد الله : **مسلم الوصول لعلم الأصول** ، ١٩٥٩ ، ص ٢٦٤ وما بعدها .

– الأستاذ الشيخ / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

– د / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص ٣٢ وما بعدها .

– د/ محمد مصطفى شلبى : **مذكرات على الآلة فى أصول الفقه الإسلامى** ، ١٩٧١ ، ص ٨٥ وما بعدها.

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٦٠ وما بعدها .

وإلى جانب ذلك النقل الأمين ، فإنهم امتلكوا معيناً دافقاً لكم عظيم من القواعد و المبادئ الكلية والفروع والتطبيقات العملية على كيفية إنزال التشريع الحكيم على الواقع، فلا عجب أن يضع العلماء بعد ذلك العهد الأول هذا التراث العظيم موضعاً خاصاً فيلحقونه بمصادرهم كمعين يلزم النظر فيه بعد المصدرين الأصليين، وقبل الاجتهاد فى مسألة ما يكون للسابقين رأى فيها .

على أن الجدير بالذكر فى هذه المثابة أيضاً أن ذلك التبجيل والاحترام لم يصل أبداً إلى التقديس وتحريم المراجعة أو منع الترجيح بين آراء الأولين فلقد ارتفع على الدوام وعبر جميع العصور مبدأ حرية الاجتهاد كسمة يزهو بها الشرع الحنيف على سائر الشرائع ذات الصبغة الدينية[1].

أما فى العصر الحديث فلا يوجد أدنى شك فى أن الفقه لا يعتبر مصدراً من مصادر القانون بل ينحصر دوره فى تفسير القانون، وشرح أحكامه وتوضيحها، وبيان مداها وما يتفرع منها وما تستند إليه من أصول وقواعد كليه ورد الأحكام التفصيلية إليها، وتنسيق المبادئ القانونية العامة والأصول الكلية إلى طوائف ونظريات، والمقارنة بين الجوانب المختلفة للأنظمة القانونية فى العالم والتى كان لها، ومازال، أبعد الأثر فى تطور التشريعات والنظم القانونية والقضائية .

ومن العرض المتقدم تبدو الحاجة إلى التفرقة بين الفقه الإسلامى والشريعة الإسلامية، وبيان نتائج هذه التفرقة. وقد عرضنا لذلك فى الباب الأول وأوضحنا تنبه محكمتنا العليا لهذه التفرقة وترتيبها النتائج الجمة على ذلك .

ثانياً : خصائص التفسير الفقهى : للتفسير الفقهى خاصيتان :

- **الخاصية الأولى :**

أنه ذو طابع علمى يقوم على التنظيم العقلى والاتزان والتحديد، وذلك لأن الفقهاء عند قيامهم بتفسير النصوص لا يتناولون حالات فعلية أو وقائع قائمة، وإنما يحاولون استخلاص الحكم القانونى الذى استهدفته الإرادة التشريعية على أساس وقائع وصور افتراضية، وهذا الدور الذى يتطلع به الفكر القانونى يتخذ

---

[1] – راجع جوانب أخرى لمسألة الاجتهاد فى الشريعة الغراء بالفصل الأول من الباب الثالث والمراجع المشار إليها هناك .

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٦١ وما بعدها .

– د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٩٥ وما بعدها .

من التحليل والتأصيل وسيلة له. وذلك عن طريق دراسة القيم التى يراعيها الشارع، والمصالح التى يهدف إلى حمايتها عند إنشاء النص القانونى، وانتقاد ما يخرج منها عن جانب الصواب، ثم إن الفقه يقوم بربط النصوص القانونية بعضها ببعض فى نظرة كلية تستهدف إقامة نظريات عامة تبين مواقف الشارع واتجاهاته وأهدافه[1].

- **الخاصية الثانية :**

التى يتميز بها التفسير الفقهى هو أنه غير ملزم، فليس لهذا النوع من التفسير أى قوة إلزامية خاصة فى نظامنا القانونى، بمعنى أن القاضى لا يلزم بتفسير الفقه مهما كان لصاحب التفسير من مكانة علمية رفيعة، أو حتى لو استقر الفقهاء جميعاً على تفسير معين لنص معين هذا من الناحية النظرية البحتة.

ثالثاً : العلاقة الخاصة بين الفقه والقضاء فى مجال التفسير :

إن الواقع ينبئ عن أن التعاون تام بين الفقه والقضاء فى مجال التفسير، فكثيراً ما يكون التفسير الفقهى عنصراً من العناصر التى يستأنس بها القاضى فى تفسيره للنصوص، وكثيراً ما تسترشد المحاكم بآراء الفقهاء فى معرفة مضمون القواعد القانونية ، فيما يعرض عليها من منازعات[2]. بل وامتد تأثر القضاء الوطنى بالمناسب لبعض الدعاوى من آراء الفقه المقارن. بل إن رأياً فى الفقه ذهب إلى أن التفسير الفقهى يكون ملزماً للقضاء[3]، إذا كان موضوع النزاع قد أجمع الفقه القانونى على حل له[4]، غير أن هذا الرأى، كما يرى

---

[1] د/ عبود السراج : **المرجع السابق** ، ص ١٠٨ .

[2] ويضرب الفقه مثالا على ذلك بالتعاون بين الفقه والقضاء فى فرنسا ، وذلك فى مجال تفسير النصوص منذ القرن التاسع عشر .

– د/ عبد الرازق السنهورى ود/ أحمد حشمت أبو ستيت : **المرجع السابق** ، ص٢٣٨ .

[3] تفرد بهذا الرأى المستشار / محمود إبراهيم إسماعيل : **شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات** ، الطبعة الثانية، ١٩٦٢ ، ص١٤٢.

[4] وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى جواز استناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى، فيما يتعلق بتأويل نصوص القانون اليونانى ، وأن استئناسها بهذه الفتوى لا يعتبر تخليا منها عن وظيفتها فى التفسير .

جمهور الفقهاء بحق، لا يستند إلى نص تشريعى ، ولم يضطرد القضاء فى أحكامه على الأخذ به، ولذلك يصعب التسليم به من الناحية النظرية على الأقل .

وإن كان من الناحية العملية فمن العسير على القضاء إهمال تفسير يكون موضع إجماع الفقهاء، وإن كان حدوث مثل هذا الإجماع أمر يصعب تحقيقه[1] .

والجدير بالملاحظة أن هذا الجدل الدائر يلفتنا إلى العلاقة الوطيدة بين الفقه والقضاء. فإذا كان القضاء يهتم بآراء الفقه فى التفسير، فإن التفسير القضائى أيضا يحظى بعناية كبيرة من جانب الفقهاء. ذلك أن الفقه يدرس الأحكام القضائية، ويستخلص منها الاتجاهات العامة للقضاء، كما أنه يقوم بالتعليق على تلك الأحكام مبينا مدى اتساقها، أو اختلافها مع مبادئ وأصول علم التفسير وقواعده. وكثيراً ما يؤدى انتقاد الفقه للقضاء إلى العدول عن بعض التفسيرات الخاطئة. إلا أنه فى بعض الأحوال كذلك يتراجع الفقه عن تفسيرات سابقة له أمام تفسير قضائى يرى أنه جدير بالتبنى والاهتمام . وذلك نظراً للصلة الوثيقة بين التفسير القضائى على العموم وبين الواقع[2].

وقد ذهب البعض[3]إلى أن أغلب نظريات الفقه قد استقيت أصلاً من مبادئ اضطرد القضاء على تطبيقها فى أحكامه. وهذا صحيح فما يقوم به الفقهاء هو فى جانب رئيسى منه تأصيل وتحليل لآراء فقهية وأحكام قضائية.

● ملاحظتنا حول طبيعة العلاقة بين الفقه والقضاء عند تفسير النصوص:

ولكننا نعقب على تلك الآراء بالقول بأنه، كما أن أحكام محكمة النقض لا تعد ملزمة فى كثير من الأحيان لباقى المحاكم، إلا أن لها إلزاماً أدبياً لا يخفى، ويعادل الإلزام القانونى الذى يتوافر لبعض أحكامها فى الحالات المنصوص عليها فى القانون. وكذلك فإن تفسيرات النخبة من الفقهاء قلما يخالفها القضاة أو يخرجون عنها كلية . بل لعل القضاة فى أحكامهم ينقسمون بين مؤيد ومعارض لمذاهب الفقهاء وتأويلاتهم. ويظل اختيار محكمة النقض وميلها لرأى فقهى

- نقض مدنى ٢٢ أبريل سنه ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٠ رقم ٥١ ص ٣٣١.

[1] د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٦٢ .

د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٩٧ .

[2] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٠٧ .

د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٩٧.

[3] د/ على راشد : **المدخل وأصول النظرية العامة فى القانون الجنائى** ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٤ ، ص١١٤ .

معين أو اعتناقها لمذهب فقهى ما، يظل هو العامل الحاكم فى توحيد آراء القضاة وحملهم على مذهب أو رأى فقهى معين، وهو ما سـيبين بجلاء فى جنبات هذه الدراسة.

فالفقيه يقوم بمحاولة لفهم نصوص القانون، وتحديد معنى القاعدة القانونية، وبيان ما تنطبق عليه من فروض، وذلك كله فى إطار فكرة أو نظرة يعتنقها الفقيه، وهو فى ذلك لا يقف عند حكم القانون، وإنما يناقش حكم القضـاء، فيؤيد ما يتفق منه مع ما انتهى إليه فى تحليله وتأصـيله للنظام القانونى، وينتقد منها يخالف ما انتهى إليه فكره، وهو بذلك يختلف اختلافاً كاملاً عن القضـاء عندما ينظر إلى النص ليسـتبين معناه ليطبقه على واقعة معينة مطروحة أمامه، فالفقه شرح لأحكام القانون، والقضاء فهم وتطبيق لحكم معين على واقعة محددة .

ولكن دور الفقه لا يقتصـر فقط على التجميع والتنسيق والتحليل، بل كثيراً ما يوجه الفقه انتقادات إلى التشريع، أو إلى أحكام القضاء .

وهذه الانتقادات قد تؤدى إلى تعديل فى موقف المشرع، أو إلى العدول عن مبدأ مستقر فى أحكام القضاء .

وكذلك الفقه يقترح أحياناً[1] حلولاً للفروض التى ليس لها حلول فى مصـادر القانون الوضـعى وكثيراً ما يأخذ القضـاء بهذه الحلول. والفقه لا يعتبر مصـدراً من مصـادر القانون بمعنى أنه لا يجوز أن تبنى أحكام القضـاء على آراء الفقهاء أياً كانت مكانتهم العلمية، وحتى لو انعقد إجماعهم على رأى معين. بل لابد إذا استشهد حكم قضائى بآراء الفقهاء، أن يقرن هذا الاستشهاد بأسباب أخرى كافية مسـتمدة من مصـادر القانون الوضـعى، وبالتالى، فإنه لا يجوز الطعن فى حكم أمام محكمة النقض لمجرد أنه مخالف لآراء الفقهاء أو حتى لأنه خرج على إجماعهم.

ولكن رغم هذا ونظراً لتفرغ الفقه للبحث ولتفسير القانون واقتراح الحلول فلا يخلو دفاع فى قضـية من الاسـتشـهاد بآراء الفقهاء، وقلما يفصـل قاض فى نزاع دون الرجوع إلى مؤلفات الفقه .

والفقه يشبه القضاء من حيث أنهما أقرب إلى الواقع من المشرع الوضعى الذى يقترب من الواقع لحظة وضـع القانون فقط، ويسـتمر بعد ذلك التطور الطبيعى للواقع الاجتماعى والسـياسـى والثقافى، ولا يتواكب مع هذا التطور بصفة تلقائية سوى القضاء ومن بعده الفقه. أما مواكبة التشريع لتلك التطورات فتأتى لاحقاً.

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠١ وما بعدها .

فالتفسير القضائى ليس غاية فى ذاته بل وسيلة لتطبيق القانون ، والفصل فى الحالة المعروضة، وهو لذلك يتأثر فى تفسير التشريع بالنتائج العملية التى يؤدى إليها التطبيق الرأى يهم باعتماده فى الحالات الواقعية، ولا يرى حرجاً فى أن يحيد أحياناً عن قواعد المنطق، إذا وجد أن اتباع هذه القواعد يؤدى إلى نتائج عملية لا تتفق مع العدالة ولا يستريح إليها ضميره، أما التفسير الفقهى فتغلب فى الأصل الصيغة النظرية، والتفسير القضائى أكثر منه تأثراً بالاعتبارات العملية[1].

غير أن الفقه أخذ منذ أكثر من نصف قرن يتجه فى تفسيره وجهة عملية، وسبيله إلى ذلك دراسة أحكام المحاكم ومراجعة تطبيقها للتشريع على حالات الواقعية حتى لا تغيب عنه الاعتبارات التى تتأثر بها المحاكم.

والفقه يتعاون مع القضاء فى إنارة الطريق أمامه، ويساهم معه فى تطوير النظام القانونى والقضائى، وذلك بمحاولة التوصل إلى حقيقة ما قصده المشرع من القاعدة القانونية، وبيان الأهداف والمبادئ العامة القانونية من خلال الأبحاث والدراسات المتعمقة، ونقل الآراء والتجارب القانونية من الفقه المقارن لتكون تحت بصر القضاة.

رابعاً : الصلة بين الفقه وجهات التشريع :

وأما عن دور التفسير الفقهى فى علاقة الفقه بالمشرع[2]، فيمكن القول أنه دور توجيهى لا يمكن أن يغفل، ويمكننا القول بمساهمة الفقه مع الجهات التشريعية، كذلك فى تطوير النظام القانونى من خلال ما يتيحه من أبحاث ودراسات مقارنة، واقتراحات بالحلول القانونية لما يعرض من مستجدات تستوجب تدخل تشريعى .

---

[1] **انظر فى ذلك :**

- Geny , Francois, “**Methodes d’ Interpretation, et Sources du droit Positif**”, Vol. ٢ Paris, ١٩١٩ (nouveau, tirage, en ١٩٥٤).

مشار إليه فى د/ عبد الفتاح الصيفى : **القاعدة الجنائية ، المرجع السابق** ، ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

- Depage (H), **“L’ Interpretation des lois”**, V. Vol ; paris , Bruxelles , ١٩٢٥ .
- Gaudement (E), **“L’Interpretation de Code Civil en France Depuis”** , Paris, ١٨٠٤ .

[2] – د/ حسن كيرة : **المدخل إلى علم لقانون** ، **المرجع السابق** ، ص٤٠١ .

– د/ شمس الدين الوكيل : **المرجع السابق** ، ص٢١٤ .

ومن ناحية أخرى يتعاون الفقه مع المشـــرع عندما يرى الأخير أنه من المناسـب التدخل لكى يحسـم اختلافات وقعت عند تفسـير نص معين، فالمشـرع كثيراً ما يتبنى النظريات التى ينادى بها الفقه. بل إن الشـارع يعلم بأفضـل النظم والنظريات العلمية الحديثة من خلال الفقه، ومن ثم يمكن أن تسـهم التفسـيرات الفقهية فى تحقيق العدالة والمصـالح الاجتماعية عن طريق تطوير القوانين كلما تغيرت الظروف أودعت الحاجة إلى ذلك، ومن ناحية أخرى أكثر واقعية يبرز تأثير الفقه الواضـح على عمل المشـرع من خلال إبداء الآراء والمشـاركة التى يقوم بها الفقه فى اللجان التى يعهد إليها وضع القوانين أو التعديلات[١].

والجدير بالذكر أن التفســير الفقهى يمكن اعتباره قائماً مقام الإفتاء فى الشريعة الغراء بالنظر إلى اتفاق طبيعته ومضمونه مع ما يقرره فقهاء الشريعة فى هذا الصــدد. وقد صــدر عن دار الإفتاء المصــرية ما يوافق هذا النظر ، فقررت أن " الإفتاء بيان حكم الله تعالى بمقتضـــى الأدلة الشــرعية على وجه العموم والشمول "[٢].

كما جاء بإحدى الفتاوى الصــادرة عنها كذلك ما يبين الفرق بين الفتوى والحكم القضـائى، وهو ما يمكن اعتباره موافقاً لما انتهى إليه الفقه الوضـعى من التفرقة بين التفسير الفقهى والتفسير القضائى. حيث قررت دار الإفتاء المصرية أن " الفتاوى مبينة للحكم الشرعى غير ملزمة فلا تنفذ قهراً إلا بحكم قضائى إلا فى بعض الأحوال "[٣].

---

١ – د / جلال ثروت : مشـكلة المنهج فى قانون العقوبات ، **مجلة الحقوق** ، السـنة ١٣ ، عام ١٩٦٣ العددان الأول والثانى ، ص١٠٩. حيث يشـير سـيادته إلى أن قانون العقوبات الإيطالى الحالى يعد ثمرة لأفكار الفقيه الإيطالى أرتووكو الذى نادى ببعض أفكار المدرسة الوضعية ، والتى أخذ بها المشرع الإيطالى ، وذلك رغم كون هذا الفقيه قد اختلف مع المدرسة الوضعية فى بعض الأمور .

٢– الفقرة الأولى من الفتوى رقم ١٣١٩ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٠٣ / ١١ / ١٩٨١ مجلد رقم ١٠ .

٣ – الفقرة الثانية من الفتوى رقم ١٢٦٩ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ١١ / ٠٢ / ١٩٨١مجلد رقم ٩.

المطلب الثالث

التفســير الإدارى

أولاً : مدلول التفسير الإدارى :

التفســير الإدارى[1] هو الذى يصــدر عن جهات الإدارة أو عن لجنة إدارية مفوضة للتفسير بقصد تحديد معنى النصوص المراد تطبيقها. والتفسير الإدارى قد يصـــدر عن جهة إدارية ســـواء كانت فرداً أو هيئة، كما يصـــدر عن لجان فوضـــها القانون فى ســلطة تفســير تشـــريع معين، وقد يصـــدر عن الموظف المختص بتطبيق القانون عند قيامه بتطبيقه.

ثانياً : خصائص التفسير الإدارى :

يتميز التفسير الإدارى بعدة خصائص هى :

الخاصية الأولى : أنه ذو طابع عملى، لأنه يصدر بهدف تطبيق التشريعات واللوائح والقرارات على الحالات الواقعية التى تعرض على المفسر.

والخاصية الثانية : أنه غير ملزم ما لم يقر المشرع اعتباره ملزماً[2]. وكذلك يكون الإلزام فى الحالات التى يعهد الشـــارع إلى لجنة معينة ، أو إلى شـــخص محدد مهمة إصدار تفسير ملزم لبعض النصوص التشريعية أو اللائحية.

على أن بعض الفقه يثير تساؤلاً هاماً[3] حول مدى صحة وجدوى اللجوء إلى التفســير الإدارى الملزم، لأنه فى الواقع إذا كان التفســير الإدارى الملزم يجنب إصدار تشريعات تفسيرية تستغرق وقتاً طويلاً، إلا أنه يعاب على هذا التفسير صــدوره عن أشــخاص تعوزهم الخبرة القانونية اللازمة للقيام بعملية التفســير، وقد يحدث فى بعض الحالات أن تتجاوز اللجنة المفوضـــة فى التفســـير أو

---

[1] – د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٢١.

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٦٣ .

[2] من أمثلة ذلك تفويض الوزير المختص فى إصدار قرار تفسيرى تنفيذا لقانون معين . ومن ثم يكون تفسير ملزم .

راجع نقد مدنى ١٩٥٦/٥/١٧

[3] – د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٢٤ .

– د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٧٠ .

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٦٣ .

الشـــخص المكلف به حدود التفويض، وذلك بتقرير حكم جديد أو إجراء تعديل للنص محل التفسـير، والراجح فى هذه الحالة أنه لا يعتد بالتفسـير الصـادر عن الشخص أو الجهة الإدارية المفوضـة، طالما أنه يتضـمن تعديلا للنص الأصـلى أو إضافة حكم جديد، إذ أن ذلك يعد تشريعاً، وليس تفسيراً ، وذلك لأنه لا يجوز للمفسر أن يخرج عن نطاق وظيفته.

وأما الصــورة الغالبة من التفســيرات إدارية فهى التى تصــدر عن جهات الإدارة عند تنفيذ قانون معين، ويكون فى صــورة تعليمات تصــدر من الرئيس الإدارى الأعلى إلى الموظفين التابعين له، وتكون هذه التعليمات ملزمة لهؤلاء الموظفين بحيث يجب عليهم مراعاتهم عند القيام بتنفيذ القانون الصـادرة بشـأنه، إلا أننـا نرى مع جـانـب من الفقـه أن إلزام هـذه التعليمـات للموظفين التـابعين لمصدرها يقتصر على حالة عدم مخالفتها للقانون .

والمثال الأشــهر لها فى مصــر هو تعليمات النائب العام التى يوجهها إلى وكلائـه والمنشــورة عن وزارة العدل، ومن أمثلـة ذلـك فى المملكـة العربيـة الســعودية كذلك التفســيرات الصــادرة عن وزارة المالية بصـــدد نظام تأمين مشــتريات الحكومة الصـادر بالأمر الملكى رقم م١٤ فى ١٤٩٧/٤/٧ هجرية، على أنـه إذا كـانـت هذه التعليمـات ملزمـة للموظفين العموميين التـابعين للجهـة مصـدرة التفسير بشرط أن تكون غير مخالفة للقانون، فإنها غير ملزمة للقضـاء طبقـاً للرأى الراجح فى الفقـه، كمـا إنهـا غير ملزمـة للأفراد ويجوز لهم الطعن عليها أمام الجهات القضـــائية المختصـــة. ذلك أنه قد يحدث أن يخالف القرار التفسيرى قواعد التفسير الصحيحة أو قد يتضمن خروجاً عن إرادة الشارع .

ثالثاً : التفويض التشريعى :

القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين عدم تعيين الجهة المختصــة بإصـــدارها لرئيس الجمهورية أو من يفوضـــه إصـــدارها. شـــرطه. أن تكون فى نطاق التفويض القـانونـى، مخـالفـة ذلـك أثره، انعدام هـذه القرارات، المـادتـان ١٤، ١٥٦ من الدستور.

- **التفويض التشريعى :**

قرار رئيس الوزراء رقم ١١٠ لسـنة ١٩٧٨، بوضـع القواعد والشـروط لتمليك المسـاكن الشـعبية والاقتصـادية، عدم تجاوز التفويض الوارد بالمادة ٧٢ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧[١].

- **تنفيذ القانون :**

حق السـلطة التنفيذية فى إصـدار اللوائح التشـريعية اللازمة لتنفيذ القوانين، نطاقه، علة تقريره[٢]. إلا أن الواقع العملى ينم على أن القضـاء ينظر إلى هذه التفسـيرات الإدارية بعين الاعتبار عندما تكون صـحيحة. وفى الولايات المتحدة الأمريكية تأخذ المحاكم بالتفسـيرات الصـادرة عن وزارة المالية بصـدد تطبيق قوانين الضرائب[٣].

ويذهب الرأى السـائد فى الفقه الجنائى الأمريكى[٤]، إلى أنه إذا كان القانون الجديد يتضـمن نصـوصـاً وردت بنفس ألفاظها فى قانون سـابق، فإن ذلك يعنى إقراراً ضـمنياً من الشـارع لطريقة تنفيذ القانون فى ظل القانون السـابق، سـواء كان هذا التفسـير قضـائى أو أمر إدارى، ويذهب رأى إلى أن سـكوت الشـارع على استمرار العمل بتفسير قضـائى أو إدارى للمواد الجنائية يعتبر إقرارا من جانبه بهذا التفسير.

ولكن هل يجوز الاستناد إلى تفسير صادر عن جهة إدارية فى الدفاع عن متهم أمام المحاكم الجنائية ؟

وتفصـيل هذا الفرض أنه فى بعض الحالات يقدم الشـخص على إتيان سلوك معين معتقداً أنه مباح استناداً إلى تفسير خاطئ لنصوص القانون الجنائى صـادر عن سـلطة إدارية أو موظف عام أو هيئة إدارية مختصـة بتفسـير ذلك القانون وتطبيقه.

وفى هذه الحالة يجوز للمتهم أن يستند إلى ذلك التفسير الخاطئ الذى كان سـبباً كافياً له لعدم مسـاءلته جنائياً، وأبرز الأمثلة على ذلك التعليمات الإدارية المفسرة لقوانين التموين والتسعيرة وقوانين المرور.

---

[١] الطعن رقم ٢٣٣٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٦

[٢] الطعن رقم ٢٣٣٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٦

٣ - Model Penal Code (U.S.A) s. ٢ .٤ (٣) (٦) lave and scatt , op cit p٣٦٧ .

٤ - Ibid, p.٣٦٧

إلا أن جانباً آخر من الفقه[1] يرى أن ذلك لا ينفى مسئولية ذلك الشخص، ولو وافقت السلطات العامة صراحة على النشاط الذى أتاه المتهم ، ذلك أن السلطات العامة لا تختص بإعفاء أحد من تطبيق القانون، ولا تملك تفسيره بطريق تخالف قصد الشارع فهى تخضع للقانون وتلتزم بكل أحكامه، وإذا كانت هى لا تملك إعفاء نفسها من تطبيق القانون، فمن باب أولى لا يمكنها إعفاء غيرها منه. **والذى نراه أن العبرة فى هذه الحالة بمدى توافر القصد الجنائى لدى المتهم، وتأثر أركان القصد من جراء موقف الإدارة، ومدى كون اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة طبقاً للتفسيرات الحديثة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .**

إلا أن الخلاف الفقهى يضيق أكثر فى الحالات التى يتوجه الشخص فيها إلى جهة إدارية معينة طالباً مشورتها قبل القيام بعمل، فتخبره تلك الجهة بأن ما سيقوم به لا يقع تحت طائلة قانون العقوبات، ثم يتضح أن ما أبدته الجهة الإدارية من مشورة كان خطأً .

الرأى الراجح[2] والذى عليه الجمهور فى هذه الحالة أنه لا يجوز للقضاء أن يدين هؤلاء الأشخاص الذين أتوا تلك الأفعال بناءً على فتوى صادره لأى منهم من سلطات الاتهام المحلية، وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية إلى إلغاء حكم صادر بإدانة أشخاص تظاهروا بالقرب من مقر المحكمة، إلا أنهم قاموا بهذا العمل استناداً إلى رأى مدير البوليس الذى أخبرهم بحقهم فى التظاهر على بعد مسافة معينة من مدخل المحكمة .

كذلك ألغت المحكمة العليا الأمريكية حكماً صادراً بإدانة بعض الأفراد كانوا قد رفضوا الإجابة على بعض أسئلة لجنة تحقيق كانت مشكلة بمعرفة سلطات الولاية، وكان رفضهم بناءً على تأكيد تلك اللجنة بأن من حقهم الامتناع عن الإجابة على أسئلتها ، فى حين أن القانون لم يكن يقرر لهم ذلك الحق .

وكذلك قضى فى ولاية تكساس الأمريكية بمعاقبة بائعاً للخمور لمخالفته القانون ، حيث قام بفتح محله للجمهور يوم إجراء الانتخابات، واستند فى ذلك إلى رأى صادر عن عمدة المدينة، كما أدين شرطى من ذات المحكمة لحمله

---

١ madel penal code (U.S.A) s. ٢ .٤ (٣) (٦) lave and scatt , op cit p٣٦٧

– د/ محمود نجيب حسنى : **النظرية العامة للقصد الجنائى**، دار النهضة العربية ، طبعة ، ١٩٧٨، ص١٤٢.

٢ – د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٦٥ ، ٦٦ .

– د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٢٧ .

سـلاح داخل ملابسـه بالمخالفة للقانون اعتماداً على رأى صـادر من كاتب المحكمة. وقد صارت محكمة النقض الفرنسية فى نفس هذا الاتجاه فى عديد من أحكامها[1].

والذى نراه أن هذا القضـاء قد تأسـس، على ما سـبق وأن أوضـحناه بالنسبة للفرض الأول، وهو معرفة مبلغ تأثيره فى القصد الجنائى بشقيه العلم والإرادة للمتهم، والشـرط الذى يبدو أن القضـاء يعتمده، من اسـتقراء الأمثلة السـابقة، لإمكان عدم مسـاءلة المتهم فى مثل هذه الحالات هو أن يكون التفسـير صادراً من جهة مختصة بتطبيق القانون الذى صدر الرأى بصدده .

---

[1]- د / محمود نجيب حسـنى : **النظرية العامة للقصـد الجنائى** ، دراسـة تأصـيلية مقارنة للركن المعنوى فى الجرائم العمدية، **المرجع السابق** ، ص١٤٨ . وأشار سيادته إلى أحكام فرنسية :

- Coeur de Peru, ١٨ November ١٩٥٣, d ٥٤ ٢٢٩ ante fg rev sc crim ١٩٥٤ p ٥٤٣

- د / محمود نجيب حسنى : **النظرية العامة للقصد الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص ٦٦.

- Cases Cram, ٢٠ Ganvier ١٩٥٦ rev SC cram ١٩٥٧.

المطلب الرابع

التفسـير القضـائى

التفسـير القضـائى هو الذى يصـدر عن القضـاء عند قيامه بتطبيق القانون، وسنكتفى فى هذا الموضع بالتعريف بالتفسير القضائى من زاوية المبادئ العامة لعلم التفسير وخصـائصـه، تاركين البحث التفصـيلى لجوانب التفسـير القضـائى الذى هو رحى هذه الرسالة فى الباب الخاص به[1].

إن التفسير القضائى يهدف فى النهاية إلى التطبيق الصحيح للنص القانونى على واقعة معينة، وكما سـلف القول، فإنه لا يمكن تطبيق القانون قبل تفسـيره وكل تطبيق للقانون يتحلل إلى عنصـرين: المعـاينـة والقرار. والمعـاينـة **Constaion** من أحـال النزاع المعروض أمـام القـاضـى فى الفرض **hypothese** الخاص بإحدى القواعد القانونية .

أمـا القرار **decision**، فهو إعمـال الحل الموجود فى هذه القـاعدة على النزاع المذكور، والمرحلة الأولى من مرحلتى التطبيق وهى مرحلة المعاينة، لابد أن تسـبقها عملية التفسـير **Interpretation** للفروض الخاصـة بكل القواعد القانونية ولابد كذلك أن تسـبقها عملية التكييف **qualification** للنزاع المعروض أمام القاضـى، بما يسـمح بإدخال هذا النزاع فى الغرض الخاص بإحدى القواعد المذكورة، بحسـب ما انتهى إليه القاضـى فى تفسـير هذا الفرض أو غيره .

- **التفسير القضائى والإفتاء :**

كما سلف القول فإن الفرق الرئيسى بين التفسير الذى يقع من القاضى عند قيامه بالحكم، وبين التفسير الذى يصدر عن الفقيه يتمثل فى عنصر الإلزام. وهذا الفرق مستقر عليه فى الفقه القانونى كما هو فى الفقه الشرعى. وقد ذهبت دار الإفتاء المصرية إلى أن " الفتاوى مبينه للحكم الشرعى غير ملزمة فلا تنفذ قهراً إلا بحكم قضائى إلا فى بعض الأحوال"[2].

---

[1] – الأستاذ / عبده حسن الزيات : **المرجع السابق** ، ص٨٥.

– د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٦٩ .

– د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٠١ .

[2] الفقرة الثانية من الفتوى رقم ١٢٦٩لسـنة ١٩٨١ بتاريخ ١١ / ٠٢ / ١٩٨١مجلد رقم ٩ ، **مطبوعات دار الإفتاء** .

- **التفسير القضائى والواقع :**

ويلاحظ أن القضاة يتأثرون كثيراً بالظروف الواقعية للنزاع المعروض على المحكمة، وقد ينعكس ذلك على التفسير الذى يعطونه للقواعد القانونية لتحديد نطاقها، فتحديد نطاق القاعدة ليس مستقلاً عن تفسيرها بل هذا امتداد طبيعى لذلك، والفصل بينهما تحليل نظرى لا يتفق والواقع العملى. وسوف نعود لبحث هذا الموضوع تفصيلاً بالباب الأول من هذه الدراسة .

- **الصلة بين التفسير القضائى والتشريع :**

وإذا أردنا أن نعقد مقارنه بين عمل المشرع وعمل القاضى، لقلنا أن عمل المشرع هو وضع القواعد العامة التى تحقق العدل فى تنظيمها لسلوك الأشخاص المخاطبين بحكمها. أما عمل القاضى فهو وضع الحلول الفردية العادلة التى تحسم المنازعات المعروضة أمامه، وهو يصل إلى هذه الحلول الفردية عن طريق تطبيق القواعد العامة التى وضعها المشرع. فإذا لم يجد قاعدة وضيعة يطبقها رجع إلى "العدل أساس القانون وجوهره".

ومن هذا نتبين أن دائرة نشاط القاضى، أوسع من دائرة نشاط المشرع، وأقرب منها إلى واقع الحياة. فالمشرع يقتصر نشاطه على وضع القواعد العامة المجردة الملزمة ليحكم بها سلوك الأفراد. ولكن هذه القواعد لا تأتى كاملة أبدا بل هى تتسم بالنقص حتماً، وهو نقص يكتشفه القاضى عندما يباشر وظيفته بالحكم بالعدل بين الناس .

- **الخلاصة :**

أن القاضى لا يستطيع أن يباشر عمله إلا عن طريق تفسير قواعد القانون الوضعى. وإن كان يتخطى أحياناً مجال التفسير والتطبيق إلى الخلق والإنشاء تحكمه فى ذلك ضرورات إحقاق الحق وإرساء العدل. وملتزماً فى ذلك بضوابط محددة ، كما سنوضحه فى الموضع المناسب من الرسالة إن شاء الله .

فتفسير القانون هو من صميم العمل القاضى، ولكنه لا يستنفد كل عمله. والتفسير القضائى وإن كان عمليه ذهنية علمية، فإنها تستهدف دائماً حلاً عملياً للفصل فى واقعة أو حادثة معينة. وليس الغرض من التفسير القضائى ممارسة

ترف علمى، أو محاولة إثبات فروض مجردة. فالقاضـــى إنما يلجأ إلى تفســير نص القانون، لأنه يريد حلاً للنزاع المطروح أمامه، أما ابتكار النظريات وتأصـيل القواعد العلمية فيقوم بها الفقه، وإن اســتند فى ذلك أحياناً على أحكام القضاء[1].

وإذا كان القصد من التفسير هو أن يقف القاضى على حكم القانون فى النزاع المطروح عليه، فإن حصيلة عملية التفسير لا تلزم القاضى فى المنازعات المماثلة مستقبلاً إلا أن يلزم القاضى نفسه بتلك التفسيرات، فيحكم على أساسه. فالأصل أن التفسير القضائى غير ملزم، فلا هو ملزم للقاضى الذى باشره إذا ما عرض عليه نزاع جديد، ولا هو ملزم للمحكمة التى يستأنف إليها الحكم، ولا هو ملزم لمحكمة أخرى إذا ما عرض عليها نزاع مشابه أو حتى مماثل. كما أن ترك التفسير حراً بين المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها أمر يخشى معه أن تتضارب الأحكام، وأن تتأثر بذلك مصالح الناس، وتهتز ثقتهم بحكم القضاء وعدالته من أجل ذلك أنشئت محكمة النقض بوصفها المحكمة العليا لتوحيد القضاء بالقانون .

حقاًإن إنشاء محكمة عليا هو التكملة الضرورية لتحقيق العدالة بين المواطنين فى الدولة. فكما أن التشريع واحد بالنسبة للجميع ، فيجب أيضاً أن يكون التفسير والتطبيق واحداً بالنسبة للجميع، أياً كانت المحكمة التى قامت بالتطبيق. ولذلك فإن قضاء محكمة النقض عندما يستقر على تفسير معين لنص ما من النصوص القانونية، غالباً ما يكون لهذا التفسير من الوزن والقوة الأدبية ما يجعل المحاكم الأدنى تعمل بمقتضاه، إذا ما عرض عليها نزاع يقتضيها تفسير ذات النص القانونى الذى للمحكمة العليا بشأنه قضاء ثابت مستقر[2]. ولكن ذلك لا يعنى أن تفسير الجهة القضائية الأعلى، أى محكمة النقض، ملزم للجهة الأدنى بصفة مطلقة، فمن المتصور أن نرى إصراراً من قضاء أدنى على تفسير معين مما يدفع المحكمة العليا إلى العدول عن تفسير ارتأته من قبل واستقرت عليه[3].

---

[1] – د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠١ وما بعدها .

– د/ عبد الوهاب العشماوى : **المقال السابق** ، ص ٩ .

[2] قضت محكمة النقض المصرية بأنه : إذا أقام الحكم المطعون فيه قضائه على ما يخالف الرأى الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فإنه يكون قد خالف القانون ، ومن ثم ، يتعين نقضه ، ١٢ فبراير ١٩٤٨ ، **مجلة التشريع والقضاء**، س١ ، قضاء ٢٢-٤٥ .

[3] ويحضرنا فى هذا المقام ما تضمنته رسالة خليفة المسلمين عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى عندما ولاه القضاء ، ولا يمنعن قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شئ ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل . وهو ما التزمته محكمتنا العليا دوماً كما سيبدو

ومما لاشك فيه أن قضاء محكمة النقض يلزم أن يتميز بالثبات الذى يوحى بالحزم، وفى ذات الوقت يجب أن يتحلى بالقدرة على التطور والانسجام مع المتغيرات الثقافية والسياسية والاجتماعية. والجمع بين هذه الأهداف المتناقضة أحياناً، هو التحدى الدائم الذى تواجهه المحكمة العليا أثناء أدائها لعملها. ولكن كون المحكمة العليا قد تكفلت بأداء هذه المهمة الصعبة، ليس معناه أن وجود محكمة النقض سيقضى على سلطة قاضى الموضوع التقديرية، فمحكمة النقض قبل كل شئ هيئة قضائية عليا منحت سلطة الرقابة والإشراف على نشاط الجهات القضائية الأخرى فى تطبيق وتفسيره. ومن ثم فهى لا تصادر على حق المحاكم الأخرى الخاضعة لرقابتها فى التفسير الحر المؤسس على قواعد القانون والمنطق والذى هو جوهر الوظيفة القضائية .

إن محكمة النقض ليست سلطة تشريعية حتى تلتزم المحاكم بمبادئها كالتزامها بنصوص القانون، ولو كانت معيبة، بل إن لهذا الالتزام الأدبى طبيعته وحدوده. وترتيباً على كل ما تقدم فإننا لا نستطيع أن ننكر النفوذ الأدبى الكبير لمحكمة النقض على الجهات القضائية الأخرى، ومما يساعد على ذلك سلطتها الرقابية على صحة تطبيق القانون وتفسيره. فبناء على هذه السلطة تستطيع هذه المحكمة أن تنقض كل حكم يطعن فيه لديها ويكون مخالفاً لوجهة نظرها فى تفسير القانون وأسلوب تطبيقه . فيرى القضاة أنفسهم مضطرين رغم ما يقرره لهم القانون من حرية تامة فى التفسير، ومن استقلال كامل فى تطبيق القانون، ومن قدرة على عدم التقيد بالأحكام السابقة، إلى أن يراعوا فى أحكامهم وجهة نظر المحكمة العليا حتى لا تتعرض أحكامهم للنقض[١].

وبذلك يتوحد اتجاه القضاء فى تفسير القانون وتطبيقه تحت إشراف محكمة النقض. هذا وقد أنكر الكثيرون من الفقهاء والمفكرين من أمثال "مونتسكيو" و"بكاريا"[٢]، حق القاضى فى تفسير النصوص الجنائية. إذ أن وظيفة القضاء ليست إلا التطبيق الحرفى لنص القانون. ولعل مرجع ذلك الإنكار إلى ما كان يتمتع به القاضى الجنائى فى فرنسا من سلطة تحكمية واسعة حتى أواخر القرن الثامن عشر، أدت إلى تجربة مريرة نتج عنها مثل تلك الأفكار الجامحة الخارجة

لنا جلياً عند استعراضنا لأحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية حين تعدل عن مبدأ ما وتأخذ بغيره مراعاة لمصلحة متغيرة أو تطور سياسى أو اجتماعى أو ثقافى للمجتمع .

١ – د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص ٣٠٧ .

– د / محمد كامل مرسى ، والأستاذ سيد مصطفى : **أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصرى وبعض القوانين الأخرى** ، ١٩٢٣ ، ص ١٣٠ .

٢ د/ عبد الأحد جمال الدين : تفسير النصوص الجنائية ، **مجلة الأمن العام** ، العدد ٨١ ، ص٢١.

عن المنطق السليم وأصول القانون. ولكن تبررها ظروف العصر الذى قيلت فيه، ولم يعد الفقه يرددها إلا على سبيل العظة التاريخية .

فقد نادى "مونتسيكو" بالحد من سلطة القاضى الجنائى فى التقدير. فالقضاة ليسوا إلا الأفواه التى تنطق بما ورد فى القانون الجنائى. أما "جان جاك روسو" (١٧١٢-١٧٧٨) ، فقد تأثر بالدراسات التى قام بها "توماس هوبز " (١٥٨٨-١٦٧٩) و" جون لوك " (١٦٣٢- ١٧٠٤) الإنجليزيين عن العقد الاجتماعى ، وعبر عن آرائه السياسية المتعلقة بالسلطة القضائية، ولكن بطريقته الخاصة فى كتابه "العقد الاجتماعى" ، مما جعل لهذا الكتاب أهمية كبيرة عند قيام الثورة الفرنسية. كما نادى "روسو" بأن السيادة للشعب وليست للحاكم، ولم يفعل "بكاريا " أكثر من السير على منهج "مونتسكيو" كاتب روح القوانين. وقد قوبلت هذه الآراء بالارتياح كرد فعل ضد التفسير التحكمى الذى كان يعتبر الوسيلة للاعتداء على الحريات الفردية[1].

وجاء المشرع الفرنسى ولا تزال ملتصقة فى مخيلته قسوة الاستبداد القضائى الذى كان سائداً قبل الثورة، واعتنق آراء فلاسفة القرن الثامن عشر، وأصدر مجموعة قانون العقوبات فى ٢٥ أكتوبر ١٧٩٥ محرماً على القاضى سلطة التقدير ونص فى المادة ٢٨٨ على ضرورة إيضاح أن:

١- الفعل الذى يحاكم من أجله الفرد معاقب عليه.

٢- العقوبة المحكوم بها واردة فى القانون.

وعلى رئيس المحكمة أن يقرأ فى الجلسة نص القانون ثم يعلن الحكم[2]. وليس هناك أكثر وضوحاً عن مهمة القاضى فى ذلك العصر من قول تريلارد[3] أن القاضى يطبق نص القانون تطبيقاً آلياً[4]، ولما كان ذلك فعلى المشرع أن يضع قواعد جنائية واضحة متضمنة كل حالات التجريم لأن دور القاضى

---

[1] د / نعيم عطية : **النظرية العامة للحريات الفردية** ، ١٩٦٤، ص ١١٣ .

[2] جرسون : **شرح قانون العقوبات على المتن** : الجزء الأول ، ١٩٥٢ س ٣٥ وما بعدها تحت شرح المادة الرابعة .

[3] جان بالست تريلارد (١٧٤٢-١٨١٠) أحد واضعى القانون المدنى الفرنسى .

٤ البيرسابوران : التحديد القضائى للعقوبة ، **رسالة دكتوراه** بواتيه ، ١٩٠٦ ، ص ٢٧٠ .

يرتبط ارتباطاً وثيقاً بدور المشـرع. كذلك نجد الدسـاتير فى الدول المختلفة تكاد تجمع على مبدأ الشرعية والذى ينص على أن "لا جريمة ولا عقوبة إلا نص"[1].

على أن هذه النزعة المتطرفة والتى ترجع إلى الأحداث التى تجاوز فيها القضاء كل حدودهم لم تلبث أن عصف بها اتجاه الأنظمة القانونية الديمقراطية المعاصرة، والتى تذهب إلى منح القاضى حرية مقبولة فى مجال التفسير.

وقد ساق هذا الفكر الحجج المتنوعة لضرورة تحرير العقل القانونى من أسر التجربة الفرنسية القاسية. ومن أمثلة الحجج المساقة فى هذا الصدد القول بأن الجرائم فى مجموعة قانون العقوبات ليست معرفة تعريفاً كافياً. ومن الطبيعى أن يعرف القاضى الجريمة عند قيامه بالفصل فى الواقعة المعروفة عليه. ويذهب البعض تعبيراً عن ذات الفكرة أن القاضى عليه عند تطبيق النص أن يحدد معناه ويزيل عنه الغموض والإبهام. فالقضاء يقوم بدور مستمر عند تفسير النصوص الجنائية وفقاً لتطور المجتمع وتقدمه. وبناءً على ذلك فلا يجب أن تعنى قاعدة الشرعية سلبية القضاء فى التفسير وآليته فى التطبيق .

ويضيف آخرون إبرازاً للفكرة ذاتها أنه على الرغم من مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فتدخل القاضى الجنائى أحياناً يكون حتمياً إما لأن القانون ذاته يضطره إلى التدخل، وإما لاحتياجات جديدة ضرورية تنبع من تطور الحياة الاجتماعية والسياسية والثقافية داخل المجتمع. والقاضى لا يستطيع أن يمتنع عن الحكم فى النزاع المعروض عليه إذ يعتبر امتناعه إنكاراً للعدالة، وبالتالى إخلالا بواجبات وظيفته مما يؤدى إلى مجازاته بالطرق التى نص عليها القانون بشأن مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى المادة ٤٩٤ وما بعدها من قانون المرافعات والمادتين ١٢١، ١٢٢من قانون العقوبات.

ولكن حدث تطور هام لحق بمبدأ الشـرعية بالمفهوم التقليدى سـالف البيان. ذلك التطور كان طبيعياً نتيجة لما وجه إلى المبدأ من نقد يتحصـــل فى أن منع

---

[1] قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " مراجع فى المجلة الدولية لقانون العقوبات ١٩٣٢ ، ص ٣٤٥ ، وقد انتشـر هذا المبدأ فى التشـريعات الجنائية المختلفة فى القرن التاسـع عشـر على أثر غزو فرنسـا لأوروبا (القانون البافارى) ١٨١٩ ، البرازيلى ١٨٤٠ (المادة الأولى) القانون النمســاوى ١٨٥٢ ، والبلجيكى ١٨٦٧ ، البرتغالى ١٨٨٦ ، قانون العقوبات الإمبراطورية لألمانية سنة ١٨٧١ (م٣) ، المصرى ١٨٨٣ ،كذلك التشريعات الحديثة (الأسـبانى ١٩٢٨ ، ١٩٣٢ ، ١٩٤٤) ، المواد ١، ٢،٢٣ اليونانى : المادة الأولى ، الهولندى سـنة ١٩٣٢ : المادة الأولى ، السويسرى الصادر سنة ١٩٣٧ (المادة الأولى) ، المادة الأولى من كل قانون ، العقوبات الليبى والسورى واللبنانى .

– الإشارات الأربع السابقة مشار إليها بمؤلف الدكتور / نعيم عطية : **المرجع السابق** ، ص ١١٥ وما بعدها .

القاضــى من القيام بعملية التفســير يجعل من وظيفة القاضــى عملاً آلياً، ويؤدى إلى جمود التشـــريع الجنائى وقصـــوره عن ملاحقة ما يطرأ على المجتمع من تغيرات، ســواء بالنســبة لموضــوع الجريمة أو الوســائل التى يلجأ إليها المجرم لتحقيق غرضـــه. وعلى ذلك فقد أعطى لمبدأ الشـــرعية الجنائية مدلولاً يســـمح للقاضى الجنائى أن يقوم بالتفسير عند تطبيقه للنصوص الجنائية. **غير أننا نرى أن هذا المدلول غير مناســـب لتحقيق الغايات الكاملة من تقرير المبدأ ذاته، فضــلا عن أن القضــاء الجنائى مازال يرزح تحت أعباء غير ذات نفع بســبب المفهوم المنتقص للمبدأ، وسـنعود إلى هذه النقطة فى موضـعها المناسـب من الرسالة إن شاء الله.**

المبحث الرابع

أوصـاف التفسـير

بالنظر إلى النتيجة النهائية لعملية التفسير

يتناول هذا المبحث أوصـــاف التفســـير بالنظر إلى النتيجة النهائية لعملية التفســـير، من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول : التفســـير الحرفى، ويليه ملاحظاتنا حول هذه المســـألة، المطلب الثانى: التفســـير الضـــيق والاتجاهات الفقهية ذات التوجيه المسبق لعملية التفسير صوب التضييق. أما المطلب الثالث فيتناول التفسير الواسع.

المطلب الأول

التفسـير الحــرفى

يقتصر التفسير الحرفى عند القليلين الذين يقولون به، على النص الغامض أو الناقص فقط، كما أنه يستخدم فيه القواعد اللغوية فقط دون الالتجاء إلى العلة من تقرير النص والقواعد المنطقية للتفسير، وهذا على العكس من التفسير الضيق كما سيتضح .

وبعض الفقه يتساءل هل يوجد تفسير حرفى حقيقة؟[1] . والراجح عندنا أنه لا يوجد تفسير حرفى للنصوص التشريعية، وإن كان كل تفسير لابد وأن يلتزم بالقواعد اللغوية، فإن ذلك لا يعنى الاكتفاء بتلك القواعد، فاللغة منها يبدأ التفسير ولا ينتهى عندها .

ويقرر البعض أن التفسير الحرفى هو ذاته التفسير الضيق، ونحن نرى مع جانب من الفقه أن التفسير الضيق ليس هو التفسير الحرفى[2]. وهذا النوع من التفسير يعتمد على نوعين من التسبيب :

الأول : الجدل الشكلى، وهو تسبيب شكلى محض يعتمد على أحرف نصوص القانون دون أن يدع مجالاً لأية فكر منطقى .

والثانى : الاستنتاج بطريق مفهوم المخالفة، وينطلق من حكمة لاتينية مؤداها أن القانون حينما يريد شيئاً فإنه يقوله، وبالتالى، فإنه إذا لم يرد شيئاً فإنه يسكت عنه .

إن العبرة عند القائلين بالتفسير الحرفى هو بظاهر النص بصورة مطلقة. ومن ثم، فلا يجوز للقاضى أن يراجع المراحل المختلفة التى مر بها النص قبل إصداره، لأنه لن يجديه إذا وجد تناقضاً بين ظاهر النص وإرادة الشارع، ففى جميع الأحوال عليه أن يأخذ بظاهر النص دون أن يعير إرادة الشارع أى اهتمام[3]. وينادى أصحاب هذه الطريقة بأنه يتعين على القاضى لكى يقف على مفهوم النص القانونى أن يلجأ إلى قواعد النحو، بالإضافة إلى تحليل النص من واقع كلماته وعباراته فحسب .

---

١ راجع برل : مطول القانون الجنائى ، ص ١١٢ وما بعدها ، مشار إليه د/عبد الوهاب العشماوى : **المرجع السابق** ، ص ٧.

٢ د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص٨٨ وما بعدها.

٣ - د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٨٨ وما بعدها.

ومعظم الفقه ينتقد بشدة هذه الطريقة فى التفسير، ذلك بأن التمسك بحرفية النصوص يؤدى فى بعض الأحيان إلى مواقف شاذة غير مقبولة[1]، ويؤخذ على التفسير الحرفى بهذا المعنى أيضاً أنه يجعل القاضى آلة صماء، حيث يحرمه من اللجوء إلى الأساليب العقلية التى تؤدى إلى اكتشاف معنى النص وفقاً لإرادة الشارع، وهذا فضلاً عن أن التطبيق الحرفى للنصوص يجعلها مادة بلا روح[2]. ونحن نراه نوعاً من المسخ لعملية التفسير تخرجها عن مضمونها وهدفها .

ويذكرنا هذا الاتجاه بطريقة الفقهاء الظاهريين فى التفسير فى الفقه الإسلامى، ولا يغيب هجر الفقه الإسلامى لهذا الاتجاه تماماً وعداده من التاريخ . وجميع الحجج الناقدة التى ساقها فقهاء الشريعة الغراء ، والتى تعج بها كتب الأصول تصلح فى نقد هذا المنحى التفسيرى فى القانون الوضعى[3].

- **ملاحظاتنا حول مسألة التفسير الحرفى :**

أولاً : جدير بالملاحظة أن التفسير الحرفى ليس نتيجة تلحق بالتفسير بعد تمامه ، أو وصفاً تنعت به عملية التفسير بعد انتهائها، كما سنرى فى التفسير الضيق والواسع والكاشف أو المقرر. إنما التفسير الحرفى هو وحده الذى يعتبر أسلوباً من أساليب التفسير، وإن كان أسلوباً معيباً. ومن ثم فكانت سلامة المنطق تقتضى الإشارة إليه عند الحديث عن أساليب التفسير المندرجة فى أطر مناهج التفسير. وكان من الممكن، استرسالاً، أن نضعه ضمن أساليب المنهج اللغوى فى التفسير .

إلا أن جميع فقهاء القانون والشريعة الإسلامية المعاصرين يأتون على ذكر التفسير الحرفى قبل الحديث عن التفسير الضيق، وكأنهم يشيرون إلى التدرج فى النتائج التى ترى فى نهاية المطاف، وبصرف النظر عن كون الأول ينتمى إلى أساليب التفسير، والثانى يعتبر أثراً لعملية التفسير.

---

١ - د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠١ وما بعدها .

٢ - د/ محمد ســـليم العوا : **المرجع الســـابق** ، ص ١٥١ وما بعدها ، راجع نفس المرجع للمزيد ص ٥٢ وما بعدها.

٣ - د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠١ وما بعدها .

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٢٧ .

وتذكرنى تلك الملاحظة المنهجية بما ذكرته فى أول هذه الدراسة من تنوع وتعدد المصطلحات والتقسيمات الفقهية فى علم التفسير بشكل لا يرى له مثيل فى كافة العلوم القانونية .

ثانياً : الجدير بالذكر أن هذه النظرة المعيبة لعملية التفسير تكاد تلتقى مع نظرة الفقه التقليدى القائل بنظرية النص الواضح الذى لا يحتاج إلى تفسير، والتى أتينا على ذكرها من قبل. فكلاهما يبتغى تقليص دور المفسر تارة فى مجال سلطانه لممارسة التفسير، وتارة فى أسلوب التفسير المسموح له باستعماله .

ثالثاً : تجدر الإشارة إلى ضرورة عدم الربط بين هذا الأسلوب المعيب فى التفسير، وبين كلاً من قواعد المنهج اللغوى فى التفسير، وكذلك مبادئ مدرسة التزام النص فى التفسير. ولسوف يتضح عند عرض أفكار هذا المنهج، وتلك المدرسة أنهما لا يكتفيان بالقواعد اللغوية النحوية كأساس لعملية التفسير. وعدم الخلط هذا مهم خصوصاً عند تفسير النصوص الجنائية المتعلقة بالتجريم والعقاب، والتى قد ينتهى المفسر غالباً إلى تفسير ضيق لها لاعتبارات بعيدة كل البعد عن أسلوب التفسير الحرفى، كما سيتضح لنا .

المطلب الثانى

التفسـير الضـيق

التفســير الضــيق[١] هو ثمرة محاولة الحد من ســعة العبارات والألفاظ التى يشـــتمل عليها النص، حينما تكون الألفاظ معبرة عن مدلولات أكثر مما يهدف إليـه المشـــرع من النص، ويكون ذلـك نتيجـة عـدم تطـابق المعنى الـذى يتم اســتخلاصــه من الألفاظ مع المعنى المســتفاد من علة النص، ويهدف التفســير الضيق إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية على حالات تشملها ألفاظ النص من حيث الظاهر وقصــر المعنى على الحالات المراد إخضـــاعها لحكم النص[٢]. والتضـــييق من ســعة ألفاظ النص لكى تطابق المصــلحة المراد حمايتها منه قد

---

١ – د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ وما بعدها .

٢ – د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٨٨ وما بعدها.

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ وما بعدها .

– د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٥ وما بعدها .

تكون متعلقة بالظروف، وقد تتعلق بالركن المعنوى للجريمة، وقد يرد التضـييق على المحل المادى للجريمة، وقد يتناول التضييق صفة الجان[1].

والجدير بالذكر فى هذه المثابة ما وقفنا عليه من أسـلوب تفسـيرى سـديد تمكنت به المحكمة العليا من ضبط مدلولات العديد من النصوص ذات الصياغة اللفظية الفضـفاضـة، وتمثل ذلك الأسـلوب التفسيرى فى فكرة القصـد الخاص الذى اشـترطته المحكمة العليا لتوافر الركن المعنوى لبعض الجرائم، ولم يلتفت الفقه ، من قبل هذه الدراسـة، إلى ذلك التحليل الذى من الممكن أن ينهى الخلاف الفقهى المستمر حول هذه المسألة، وقد أفردنا لعرض رأينا هذا جزءاً فى الباب الثالث عند الحديث عن أساليب المنهج المنطقى فى التفسير ومدى بروزها فى قضاء المحكمة العليا[2].

وهناك اتجاهات فقهية تحاول أن تجعل التفسـير الضـيق أسـلوباً تفسـيرياً وليس أثراً لعملية التفســير ووصـــفاً نهائياً لها كما قدمنا، ومؤدى هذا الطرح المنتقد من غالبية الفقهاء الآن أن المفسـر بإمكانه التحكم بطريقة اختيارية منه فى نتيجة عملية التفسير، والانتهاء بها إلى نتيجة تفسيرية توصف حيناً بكونها مضيقة أو موسعة[3].

ولا يخفى ما فى هذا الطرح من إجحاف بقواعد التفسـير السـليم الذى يجب ألا يكون هدفه سوى التوصل إلى المعنى الصـحيح للنص، أياً ما كان الوصـف النهائى الذى سينعت به التفسير الكاشـف عن المعنى الصـحيح . ورغم أن هذه الاتجاهات الفقهية كادت تفقد جميع أنصارها الآن، إلا أننا سنلقى الضوء على أهم أطروحاتها، وذلك لكون محكمة النقض، ومن خلفها القضـــاء الجنائى المصرى، ما فتئت تردد فى أحكامها وجوب الالتزام بالتفسير الضيق لنصوص التجريم والعقاب[4].

وهذا الترديد لا يعبر عن حقيقة مذهب المحكمة العليا فى تفســير تلك النصـــوص، والذى يقال فى هذا الموضـــع أن محكمة النقض ملتزمة بالقواعد الصحيحة لعلم التفسير، ومن ثم لا تلتزم ابتداءً بتفسير ضيق أو واسع للنص، أياً

---

[1] – د / محمود نجيب حسنى : **طرق تفسير القانون الوضعى** ، ص ٥٢ ، ٧٤ ، ٨٣.

[2] تعد هذه الملاحظة والتى تليها استباقا منا لعرض طرف من نتائج هذه الدراسة دعتنا إليها الرغبة فى تمكين القارئ من ربط النقاط التالية فى هذا الجزء بالفائدة منها بالنسبة للموضوع ، ولذلك فقد أضفناها هنا بعد عدة سنوات من كتابة هذا الباب .

[3] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٨ ، ٤٩ .

[4] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٢ وما بعدها

ما كان الموضوع الذى يتناوله النص الجنائى محل التفسير، كما سيبين لنا عند تتبع قضائها فى هذا الصدد .

- **الاتجاهات الفقهية ذات التوجيه المسبق لعملية التفسير صوب التضييق :**

١ – يذهب فريق من الفقهاء إلى وجوب أن يكون التفسير ضيقاً إذا كان ثمة تعارض بين النص المراد تفسيره، ونص آخر من نصوص التشريع الجنائى ، على اعتبار أن التفسير الضيق للنص قد يؤدى إلى زوال التعارض[١] .

ونحن نرى إمكانية تصويب الفكرة التى يتغياها هذا الرأى إذا ما بدأنا من حيث ينتهى. إذ الوجوب يلحق بضرورة سعى المفسر لإزالة التعارض الناشب بين النصوص ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، فالصحيح أن التعارض أحياناً لا يزول إلا بأسلوب الجمع والتوفيق بين النصوص، وإعمال حلول التعارض بطريقة سليمة فى هذه الحالة يفضى إلى زوال التعارض، ومن ثم، ينتج عنه تفسير ضيق لأحد النصوص المتعارضة أو أكثر. كما قد يحدث فى أحيان أخرى أن تكون نتيجة إعمال حلول التعارض، ومن ثم زواله، تكون النتيجة تفسيراً واسعاً لنص أو أكثر من هذه النصوص، وسنعرض بالتفصيل للحديث عن التعارض وتطبيقاته فى القضاء الجنائى فى الباب الثالث من هذه الدراسة.

٢ - ويذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز أن يترتب على التفسير الضيق ضرر للأشخاص الذين وضع النص لتحقيق مصلحة لهم[٢] .

ونحن نرى أن تحديد المصلحة من وضع النص، وهو مضمون الإرادة التشريعية التى يجب الوقوف بمعنى الألفاظ عندها، هذا التحديد هو وحده الذى يجب على المفسر أن يهتم بالتوصل إليه. ومن ثم تحقيقه دون أن يعبأ بالوصف الذى سيلحق فى النهاية بتفسيره .

٣- يربط فريق من الفقهاء بين التفسير الضيق وبين مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فى تفسير نصوص قانون العقوبات، وذلك بتقريرهم بأن التفسير الضيق يعد لازمة طبيعية لهذا المبدأ، وأن القاضى لا يمكنه أن يخلق جرائم جديدة، ولا يجوز له أن يتوسع فى مفهوم الجرائم القائمة[٣] .

---

[١] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٩ وما بعدها.

[٢] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٤٧٥ وما بعدها.

[٣] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٧٥ وما بعدها.

ويرى جانب من الفقه[1]، بحق، أن الذى دفع القائلين بهذا الربط بين التفسير الضيق وبين مبدأ الشرعية، هو ذهابهم إلى إعطاء مبدأ الشرعية مدلولاً أكبر من حقيقته، بالإضافة إلى تجارب تاريخية عصيبة نتج عنها النظر فقط إلى مصلحة واحدة تتمثل فى الحفاظ على حقوق المتهم من جراء ما حدث من تعسف واستبداد قبل الثورة الفرنسية على أيدى قضاة الملك، مما أسفر عن هذا الربط الوثيق بين مبدأ الشرعية وضرورة التفسير الضيق للنصوص ذات الصلة به .

والآراء السابقة محل نظر للحجج التى سقناها من زاوية المنطق القانونى، كما أنها قد تؤدى بالمفسر إلى مخالفة القواعد الصحيحة للتفسير، ويلجأ إلى التحكم فى التفسير بعدم إظهاره للأسلوب التفسيرى أو المنهج الذى طبق قواعده للوصول إلى المعنى الذى انتهى إليه. ويعاب على تلك الآراء من الناحية العملية أيضاً، أن التزام المفسر المسبق بالتفسير الضيق قد يترتب عليه تكبيل المفسر بقيود تحكميه، أى غير منطقية ، تحرمه من إعمال ملكاته الذهنية بحرية علمية موضوعية، فيستحيل إلى أداة بشرية، وليس بشراً يسخر الأداة، تردد عبارات وألفاظ القانون .

إن هذه الآراء[2]تفرغ عملية التفسير من مضمونها ويخرج بها عن الهدف منها. كما أن الإلزام بالتفسير الضيق ابتداءً، يحرم القاضى من دوره الفعال المتمثل فى مواجهة الظروف الجديدة، بل قد يجعله غير قادر على حماية المجتمع فى ظل الظروف التى تختلف عن تلك التى صدر فيها التقنين، إذ أن الشارع يصيغ ألفاظ وعبارات النص بصوره تتسم بالعمومية والتجريد، بحيث يمكن أن يشتمل على حكم لجميع الحالات، حتى التى لم تكن معروفة وقت وضع النص، والتى تضر بالمجتمع من خلال مساسها بالمصلحة المراد حمايتها بالنص، وهو ما قد يؤدى إلى تغليب مدلول الألفاظ دون مراعاة المصلحة التى قصد الشارع حمايتها ، أيا كانت درجة وضوحها.

وأخيراً فإن تلك الآراء قد تؤدى إلى عدم تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وحقوق المجنى عليه وكذلك مصلحة المجتمع، ذلك بأن التوجيه المسبق لعملية التفسير فى اتجاه معين يخل بالموضوعية المفضية إلى العدالة.

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٤٧٥ وما بعدها.

[2] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٢٤ ، ١٢٥ وما بعدها.

والحق، كما سبق وأن ذكرنا، أن التفسير يجب أن يكون كاشفاً لا موسعاً ولا مضيق، وعليه، فلا يصح ترديد القاضى الجنائى فى حكمه ما يوحى بالتزامه المسبق بتوجيهه للتفسير الذى يقوم به صوب التضييق أو التوسع[١].

[١] لنا فى هذه المسألة مقترحا جديدا عرضناه فى الجزء الخاص بتقدير مذهب المحكمة العليا فى التفسير فى الباب الثانى من هذه الدراسة .

المطلب الثالث

التفسـير الواسـع

يكون التفسير واسعاً عندما يستفاد من استخدام قواعد التفسير المنطقى أن علة النص لها المعنى أكثر اتســاعاً من ذلك الذى تنبئ عنه ألفاظ النص، أى أن الشـــارع لم يكن موفقاً فى اختيار الألفاظ التى عبر بها عن غايته من تقرير القاعدة القانونية، ويذهب البعض إلى أن التفســير الواســع يكون فى الحال التى يعطى فيها المفسر لألفاظ النص معنى أوسع ، مما أراده الشارع[1].

ويلاحظ على هذا القول عدم التفرقة بين إرادة المشـرع عند وضـع النص، وبين إرادة التشــريع الذاتية بعد انفصــاله عن إرادة واضــعيه. وقد فرق الفقه بينهما، ومالت كل مدرســة من مدارس التفســير صــوب أحد الإراديتين فى معرض الحديث عن الإرادة التشـريعية التى على المفسـر، قاضـياً كان أو فقيهاً أن يراعيها عند القيام بالتفسير. والرأى الراجح فقهاً وقضاءً هو الذى يعتد بإرادة التشـريع بضـوابط وشـروط معينة، كما سـنوضـح بالتفصـيل عند الحديث عن مدارس التفسير فى الباب الثانى.

وعلى ذلك يمكن أن يقال أن التفســير الواســع يتمثل فى الحالة التى يعطى فيها المفسر لألفاظ النص المعنى الذى يتفق والعلة من تقرير النص. فالمفسر فى التفسير الواسع يحاول إظهار المدلول الحقيقى للنص عندما يتضح له أن المدلول اللغوى لألفاظ النص وعباراته، قد جاءت قاصــرة فى ظاهرها عن الإحاطة بـالغـايـات المبتغـاة، ويكون ذلـك فى الفرض الـذى تكون فيـه عبـارات النص محدودة. ويتبين وجه الحق فى تلك المســائل بين القياس والتفســير الواســع ، ومحاولة التفرقة الجنائية الشـرعية والوضـعية[2]. ويقرر الفقه[3]صـائباً بأنه يمكن وصـف حالة التفسير الواسع، بأن المشرع قد قال فى النص أقل مما كان يقصد أن يقوله .

فالخلاصة أن التفسير الواسع هو ثمرة، ونتيجة للتوصل للإرادة الحقيقية للتشريع، والاستفادة منها فى توسيع مدلول النص فى إطار ألفاظه.

---

[1] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ وما بعدها.

[2] راجع الباب الأخير من هذه الدراسة .

[3] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٥ وما بعدها.

مبحث ختامى

نتائج التفسير

آثار العملية التفسيرية

إن توفيق المشرع فى التعبير عن الغاية من القاعدة، أو عدم توفيقه فى ذلك مع ما يترتب على ذلك من التوسع فى التفسير، أو التضييق فيه بما يتناسب والغاية من القاعدة، كل هذا أمر لا دخل فيه بمنطق التفسير ذاته، إذ أنه طبقاً للراجع فى الفقه[1]يجب أن يكون هدف المفسر الكشف عن قصد الشارع الذى ضمنه النص، فإذا تطابق ما يقول به المفسر مع ذلك القصد كان ذلك هو التفسير الصحيح، فلا يجوز أنيكون تفسير النصوص. والجنائية خاصة، ضيقاً فى بعض الجوانب وواسعاً فى البعض الآخر، ذلك أن هدف التفسير هو التوصل إلى الإرادة التشريعية التى تستهدف حماية مصلحة، أو حق معين يستوى فى ذلك أن يكون ما عبر به الشارع من ألفاظ يؤدى إلى التفسير الواسع أو الضيق، فلا يمكن الأخذ بأن نصوص التجريم تفسيراً ضيقاً، ونصوص الإعفاء تفسيراً واسعاً، وإنما التفسير الصحيح هو ما يستخلص المدلول الكامل من مضمون العبارات بما يؤدى إلى تحقيق العلة من تقنين النص، أو بعبارة أخرى، أن يكون تفسيراً كاشفاً ليس مضيقاً أو موسعاً، على أنه يجب أن يكون التفسير الكاشف عن قصد الشارع قد حدث فى إطار الزمان والمكان اللذين يفسر فيهما النص، ذلك أنه إذا كان النص ثابتاً، فإن على المفسر أن يوائم بين النص وبين الواقع الذى ينطبق فيه، فيجب أن يطور التفسير بتطور الأخلاق والحياة الاجتماعية، ومن أمثلة ذلك أن تعبير الأخلاق الحميدة أو الحشمة أو هتك العرض، أو الفعل الفاضح يجب أن تفسير وفقاً للعصر والمكان الذى ستنطبق فيه النصوص المشتملة عليها لأنها مفاهيم نسبيه تتغير مدلولها بتغير الزمان والمكان .

وهنا يجدر التنويه إلى ما أشار إليه جانب من الفقه[2]، بحق، من أنه من المرغوب فيه أن تصاغ نصوص التشريعات العقابية التى تحدد الجرائم وعقوباتها بألفاظ عامة، وبطريقة تسهل مهمة القضاء للملاءمة مع الضرورات الاجتماعية بما يخلق قواعد عامة ذات مفاهيم مرنة تجعل مهمة القاضى سهلة من خلال منه سلطة تقديرية، وأن يكون حدود السلطة التقديرية موقوفة على التحديد المصلحة أو الحق موضوع الحماية، بحيث بعد تجاهل القاضى أو تعدية الهدف من تقرير

---

[1] د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٨٨ .

[2] – د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ وما بعدها.

النص خروج من نطاق التفسير، سوف نعود إلى بحث هذه المسألة فى الوضع المناسب من هذه الرسالة[1].

- **الخلاصة : التفسير المقرر كنتيجة نهائية لعملية التفسير :**

إن تفسير نص القانون لا يعنى، كما أسلفنا البيان المعنى الحرفى له الناتج من الكلمات، وليس أيضا مجرد عملية ضبط للعبارات طبقا لقواعد النحويين لتلك الكلمات، إنما يعنى التفسير حل ألغاز النص وجعله فى صيغة صريحة مفهومة، ولذا يجب إجراء قواعد التفسير المنطقى لتكملة قواعد التفسير اللفظى، وعندما تتفق النتيجة المستخلصة من طريقتى التفسير سالفتى البيان نكون بصدد ما يعرف بالتفسير المقرر، حيث تكون الألفاظ التى تتكون منها القاعدة القانونية معبرة بصدق ومتطابقة مع الإرادة التشريعية[2]. ويسمى بعض الفقه التفسير فى هذه الحالة بالتفسير البيانى[3].

والحقيقة أنه إذا ما حللنا عملية التفسير، وجدنا أن المفسر سوف يؤدى به الحال إلى إحدى النتائج التالية:

أولاً: إما أن يتطابق المعنى الناتج من التفسير المنطقى مع المعنى الذى أدى إليه التفسير اللفظى، وهذا ما يسمى بالتفسير المقرر أو التفسير البيانى.

ثانياً: وأما أن يحدث عدم تطابق بين المعنى الناتج من التفسير المنطقى، والمعنى الناتج من التفسير اللفظى، فقد يكون أوسع أو أضيق من المعنى الذى أدى إليه التفسير الأخير، وهذا ما يسمى بالتفسير الواسع فى الحالة الأولى ، وبالتفسير الضيق فى الحالة الثانية .

ثالثاً : قد يؤدى التفسير إلى أن يتضح للمفسر أن النص موضوع التفسير يتعارض تعارضاً شديداً يستعصى على الجمع مع قاعدة أخرى تكون فى درجة أعلى منه أو مع قاعدة رئيسية، وهنا يجب على المفسر أن يتخذ موقفاً حيال هذا النص المتعارض، وسوف نعود لبحث هذا الموضوع فى الجزء المناسب من الرسالة[4]، وهو ما يسميه البعض

---

[1] – د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٨٨، ٩٩ وما بعدها.

– د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٥ وما بعدها.

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٢ وما بعدها ، ص ١٥١ وما بعدها.

[2] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٥ وما بعدها

[3] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ وما بعدها.

[4] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٥ وما بعدها.

بالتفسير الملغى، ويبحثه جانب من الفقه ضمن مسائل النسخ الصريح منه و الضمنى[1].

[1] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ وما بعدها.

الفصل الرابع

الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية

الخصائص المميزة لتفسير النصوص الجنائية

- **تمهيد:**

هذه الحلقة من حلقات هذا البحث تمثل القواعد الاستثنائية التى تميز النصوص الجنائية فى مجال التفسير، بعدما انتهينا من ذكر القواعد العامة المشتركة التى تخضع لها سائر النصوص القانونية عند تفسيرها. ومن ناحية أخرى تمثل تلك الخصائص الأساس العلمى الضرورى لتفهم كثيراً من مسائل الخلاف فى فقه القانون الجنائى المعاصر، سواء الشرعى منه أو الوضعى. ومن ثم يفرض التتابع المنطقى للدراسة هذا الموضع لبحث تلك الخصائص قبل الخوض فى بحث التفسير القضائى الجنائى بمكوناته المتعددة من خصائص وحدود وأهداف ومشكلات .

ونتناول فى هذا الفصل الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية، والخصائص المميزة لتفسير النصوص الجنائية، وذلك من خلال خمسة مباحث، يتعرض أولها لمبدأ الشرعية وأهميته فى مجال تفسير النصوص الجنائية، والمبحث الثانى يوضح آثار مبدأ الشرعية فى مجال التفسير الجنائى بين المفهوم الشكلى والمفهوم المرن، أى نتائج مبدأ الشرعية وآثاره فى نطاق قانون العقوبات)، ونعرج فى المبحث الثالث من هذا الفصل حول مبدأ الشرعية الجنائية فى إطار نظرية المشروعية فى النظام القانونى الشامل للدولة، أما المبحث الرابع فيعرض أصل البراءة فى المسائل الجنائية والنتائج المترتبة عليه فى مجال علم التفسير (قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم، ومدى إعمالها فى تفسير النصوص الجنائية)، وختاماً بيان الصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون الأخرى ، وأثرها فى مجال التفسير.

المبحث الأول

مبدأ الشرعية وأهميته فى مجال تفسير النصوص الجنائية

يتناول هذا المبحث مبدأ الشـــرعية ويتعرض لأهميته فى مجال تفســـير النصـوص الجنائية من خلال بيان كل من، أولاً: مدلول مبدأ الشـرعية الجنائية، ثانياً: أســـاس المبدأ فى نطاق قانون العقوبات، ثالثاً: مدى الأهمية القانونية فى النص على مبدأ الشــرعية فى الدســتور أو فى قانون العقوبات، رابعاً: صــيغة الشرعية العرفية .

أولاً : مدلول مبدأ الشرعية الجنائية :

مبدأ الشرعية فى ميدان التجريم والعقاب، يعنى أن الشارع وحده هـو الذى يقرر أى الأفعال يعد جريمة، كما أنه هو الذى يحدد العقوبات المقررة لكل منها، وبذلك تنحصر مصادر التجريم والعقاب فى نصوص القانون[١].

ثانياً : أساس المبدأ فى نطاق قانون العقوبات[٢]:

ترجع نشـــأة مبدأ الشـــرعية فى حماية الحرية الفردية من ســـيطرة الدولة الممثلة فى المحاكم، ذلك أن الحقوق الطبيعية للفرد يجب أن تكون مصـونة، ولا تخضـــع لقيود غير تلك التى تضـــمن لغيره من أفراد المجتمع كيفية التمتع بذات الحقوق، وذلك لا يتم إلا بواســـطة القانون، فيجوز للدولة أن تتدخل لتحقيق هذا التوازن، وذلك بمقاومة التصـــرفات الضـــارة بمقتضـــى نصـــوص تشـــريعية صـريحة. لذا فإن مبدأ الشرعية يمثل حداً فاصلاً بين الحرية الطبيعية (والحرية السياسية). ومن ثم فإن قاعدة الشرعية تعد مقياساً لمدى حماية المجتمع للفرد .

---

١ ـ د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٧٠ وما بعدها .

ـ د/ محمود مصطفى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٦٣ .

ـ د/ السعيد مصطفى السعيد : **المرجع السابق** ، ص٨٦ .

ـ د/ على راشد : **المدخل وأصول النظرية العامة فى القانون الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص٢٦ .

– د/ محمود إبراهيم إسماعيل : **المرجع السابق** ، ص١٣٤ .

– د/ عبد الفتاح خضر : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ .

٢ Ahmed Fathi Abou Senna : **op cit** , P. ٢١٩ .

من هذه المقدمة بدأ الفقه الجنائى التقليدى بنائه لمبدأ الشـــرعية، ويعد أول من قال به فى صـــياغة اللاتينية المعروفة للعالم الألمانى "فيورباخ"، والذى تحدث عن نظريته الإكراه المعنوى، والصـلة الوثيقة بينها وبين مبدأ الشـرعية، حيث قرر أن وظيفة العقوبة تتمثل فى الإكراه المعنوى، فأثرها رادع ، ورتب على ذلك أن اللجوء إلى القياس فى المـــــواد الجنائية محظوراً، نظراً لكون العقوبة وســيلة اســتثنائية (وقد طالب) بتحديد الجريمة والعقوبة حتى يتســنى للمواطن معرفـة المبـاح والمحظور. وامتداداً لذات المنهج التقليدى فى الفقه الجنائى كان كلاً من " بيكاريا" و"منتسـيكو" فى فرنســا قد ناديا بالتخفيف من العقوبات، إلا أنهما طالبا بضـــرورة تحديد الجزاء فى القانون حتى يســتحيل الإفلات منه. ومن ثم فكرة الشـرعية قد سيطرت على قانون العقوبات الصـادر عام ١٨١٠ .

هذا وقد نـادى الفقهـاء والمؤيدين لهذه الوجهـة[١]من النظر بـأن الأنظمـة الاســتبدادية عندما لا تراعى مبدأ شــرعية الجرائم والعقوبات، فإنها تســتخدم قانون العقوبات كأداة للدفاع عن نظامها والقضـاء على كل أعدائها السـياسـين، وليس كحد فاصـــل بين الحرية والطبيعة، والحرية الســياســية، كما يجب أن يكون.

وقد ظلت الدساتير الفرنسية تنص على هذا المبدأ، وكذلك قوانين العقوبات التى صـدرت عقب الثورة الفرنسـية، إلا أنها منذ نهاية القرن التاسـع عشـر لم ينص على المبدأ فى الدساتير المتعاقبة بدءا من دستور ١٨٧٥ ودستور ١٩٤٦ إلى دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٩٥.

وقد نصـــت قوانين العقوبات الإيطالية .. والبلجيكى .. واليوغســـلافى.. والبرتغالى والبولندى .. والبرازيلى .. والتشـــيلى .. والكولمبى .. وأرجواى.. والأسـبانى على مبدأ الشـرعية فى صـدر هذه القوانين . وبالنسـبة للشـرعية فى التشريع المصـرى، فبعض الفقه[٢]يرى أن مبدأ الشـرعية فى الجرائم والعقوبات قد عرف فى مصـر قبل صـدور قانون العقوبات الأهلى الصـادر عن ١٨٨٣ ، وذلك فى عهد السلطان العثمانى سليمان القانونى .

وقد نص على مبدأ الشـــرعية فى قانون العقوبات الصـــادر عام ١٨٨٣، والذى تم تعديله ســـنة ١٩٠٤، كما أنه ورد بقانون العقوبات الحالى ١٩٣٧، فيرى جانب من الفقه[٣]أن المادة الخامســة منه تقرر الشـرعية، حيث قررت أنه

---

[١] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٩ .

[٢] د/ أبو اليزيد على المتيت : **البحث العلمى عن الجريمة** ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص ٣٩٩.

[٣] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٩ وما بعدها.

يعاقب على الجرائم بمقتضـــى القانون المعمول به وقت ارتكابها. وتعاقبت الدسـاتير المصـرية الصـادرة منذ عام ١٩٢٣حتى الدستور الحالى عام ١٩٧١ على النص على مبدأ الشرعية، وقد قرره الدستور الحالى فى المادة ٦٦ منه.

وبعض الفقه[١]يرى أن المكان الطبيعى لمبدأ الشـرعية هو الدسـتور حتى لا يمكن للمشـــرع مخالفته فى تشـــريع أدنى، إلا أنه كما رأينا فى التشـــريعات الأوربية ، فإن معظمها ينص عليه فى قانون العقوبات .ومبدأ الشـــرعية ينص عليه فى أغلب الدســاتير العربية، مثل الدســتور العراقى، والدســتور الليبى، والدستور الكويتى، كما أنه يستفاد ضمناً من بعض النصوص فى دساتير الدول العربية الأخرى[٢].

ثالثاً : مدى الأهمية القانونية فى النص على مبدأ الشـرعية فى الدســتور أو فى قانون العقوبات:

يعتبر مبدأ الشرعية نتيجة منطقية مترتبة على الأساس الأخلاقى للمسئولية الجنائية، فالإنســان يجب أن تتوافر لديه ملكت الإدراك والاختيار عند ارتكاب الجرائم، حتى يمكن القول له بأنه آثم، ولذا فإنه يجب على الشـــارع أن ينذره بالعقاب مســبقاً حتى يعلم المحظور والمباح من الســلوك، فلا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لسريان القانون. وقد يحث أن بعض الدسـاتير تغفل النص على مبدأ الشـرعية، مثال ذلك الدسـاتير الفرنسية التى صـدرت بعد عام ١٨٧٥حتى الدســتور الحالى عام ١٩٥٨، وكذلك الأمر فى مصـــر منذ قيام الثور حتى دستور ١٩٥٦، فهل يملك الشارع النص على رجعية القوانين الجنائية فى حالة عدم وجود نص دستورى يقرر عدم جواز ذلك[٣].

ولكن هل مبدأ الشـرعية مبدأ دسـتورى فى فرنسـا أم لا ؟ والراجح أن هذا المبدأ منصــوص عليه فى إعلان حقوق الإنســان وقيمته دســتورياً فى فرنســا أعلى من الدســتور بإقرار المجلس الدســتورى الفرنســى م/ ٥ إعلان حقوق الإنسان.

لقد أثير هذا الأمر فى فرنســا عقب عدم النص على مبدأ الشـــرعية فى الدستور الفرنسى، لكن الفقه يرى عدم إمكان لجوء الشارع إلى إصدار قوانين

---

١ د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥١ ، ٥٢.

٢ د/ محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص ٧٠ وما بعدها .

٣ ـ د/ على راشد : **المدخل وأصول النظرية العامة فى القانون الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص٢٦ وما بعدها.

جنائية بأثر رجعى[1]. فذهب "ديجى"[2]مع جمهرة الفقهاء إلى أن هناك مبادئ القانون الأعلى الذى يجب أن يتفق معها كل تشـــريع، وتلك المبادئ أعلى من الدولة، ولا تدون فى إعلان الحقوق، أو فى النصوص الدستورية، ولكنها تسمو على كل القوانين المكتوبة، وتتمثل فى شـــعور الناس بأن هذا المبدأ قد أصـــبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعى، وبأن المبدأ حق وعدل .

وقد صـــار على ذات النهج الفقه العربى. فقد قرر الدكتور الســـنهورى[3]أن ثمة مبادئ عليا تسود الدستور المصـرى، وتسيطر على جميع أحكامه، وهذه المبادئ تمثل روح الدستور، وتستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة من هذه المبادئ، كما يرى الدكتور السنهورى كفالة الحريات والحقوق العامة، وعدم المساس بالحقوق المكتسبة المستمدة من الدستور ومن بينها قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية .

وفى هذا المجال يذهب الدكتور الســنهورى إلى أن هناك مبادئ أســاســية للعدالة لا يمكن الخروج عليها حتى ولو لم يتضمنها الدستور، وقاعدة الشرعية تمليها العدالة ومســتقرة فى ضــمير الجماعة، بحيث لم يعد فى إمكان الشـــارع المســاس بها، ولو يتضــمنها الدســتور، فهى لها قيمة أعلى من الدســتور نفســه، وترتبط بالقيم الإنســـانية والحضـــارية التى لا تقبل الانتهاك. ونحن نذهب مع جمهور الفقه المصــرى[4]إلى تأييد هذه الوجهة من النظر سـواء فى الفقه الغربى أو الفقه العربى .

ونتســاءل هل هذا مبدأ الشــرعية بالمعنى الســابق ذكره الذى يقدمه الفقهاء هو فقط الذى له قيمة أعلى من الدســتور ؟ ، أم أن مبادئ الشــريعة الإســلامية باعتبارها مكوناً أصــيلاً وأســاســياً فى النظام الاجتماعى والثقافى والســياســى تعتبر أيضاً من هذه المبادئ ذات القيمة العليا ؟.

انظر آراء متعددة حول الموضوع فى الباب الثالث عند الحديث عن مبدأ الشرعية وتكملة النقص فى التشريع .

[1] – د/ سليمان الطماوى : **النظرية العامة للقرارات الإدارية** ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٦ ، ص٣٤ وما بعدها .

– د/ عبد الأحد جمال الدين : تفسير النصوص الجنائية ، **مجلة الأمن العام** ، العدد ٨١ ، ص٤٢٠.

[2] – د/ عبد الرازق السنهورى : **مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية** ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، يناير ١٩٥٢ ، ص٩٤ ، ٩٥ .

[3] – د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص٧٤،٧٥ ، ص١٠٢ .

– د/ محمود مصطفى : **الجرائم الاقتصادية** ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص٦٠ .

– د/ عبد الأحد جمال الدين : **تفسير النصوص الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص٤٣٦ ، ٤٣٧.

[4] د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص ٩٤ ، ٩٥ .

رابعاً : صيغة الشرعية العرفية :

يعد القانون الإنجليزى أبرز مثال للشـــرعية العرفية، لذلك يعتبر المثال الذى يحتذى به بالنسـبة للأنظمة الآخذة بالشـرعية العرفية. إن مصـدر التجريم والعقاب فى التشريع الإنجليزى لا يقتصر على النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية، وإنما يشمل أيضاً قواعد الشريعة العامة، وهى عبارة عن السوابق القضائية والأعراف التى يقررها القضاء[١].

ويذهب جانب من الفقه بحق إلى أنه يؤخذ على التشريع الإنجليزى بصفة عامة عيبين هما:

١-عدم تدخل الشرع حتى الآن بنص يقرر مبدأ الشرعية حتى يلتزم به القضاء .

٢-أن المحاكم البريطانية يمكنها أن تتوســـع فى تفســير القواعد الجنائية التى تســتند إلى الشــريعة العامة، على الرغم من صــدور الحكم الســابق عن مجلس اللوردات، وهو المحكمة العليا فى النظام الإنجليزى، بحيث يمكنها أن تعاقب على أفعال لم ينص عليها القانون صـــراحة، وهذا يخاف مبدأ الشرعية[٢].

وبناءًعلى ذلك فإن التوســع فى تفســير النصــوص الجنائية يؤدى إلى أن تكون الشـــريعة العامة فى النظام الإنجليزى هو الباب الذى يســلكه القضــاء للافتاءات على مبدأ الشرعية، الأمر الذى يستفاد منه أن مبدأ الشرعية لا يؤخذ به على إطلاقه لدى المحاكم الإنجليزية، ولعل أهم ما يثيره مبدأ الشـــرعية فى نطاق قانون العقوبات هو موضـوع القياس، وحدود القياس المحظور، والقياس المباح، واختلاف وجهات النظر فى هذا الشـأن ، وسـوف نتناول هذه المســائل بالتفصيل اللازم فى المواضع المناسبة من هذه الرسالة.

---

١ Cross and Jones : "**Introduction to criminal law**" .٤th . ed. ١, ١٩٦٨. p. ١٦.

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٧.

٢ – د/ محمد سـليم العوا : **المرجع السـابق** ، ص٢٢،٢١ ، ويبدو أن د/ محمد سـليم العوا يقصـد بالتوسـع فى تفسـير النصـوص الجنائية القياس عليها . لأن القياس هو الذى يخلق جرائم لم ينص عليها القانون ، ويسـتنتج من ذلك أن الشريعة العامة هى الباب الذى يسلكه القضاء للافتاءات على مبدأ الشرعية الأمر الذى يستفاد منه أن مبدأ الشرعية لا يؤخذ به على إطلاقه لدى المحاكم الإنجليزية .

المبحث الثانى
تداعيات المذاهب الفكرية والفلسفات القانونية
على مفهوم مبدأ الشرعية

نتناول فى هذا المبحث آثار مبدأ الشرعية فى مجال التفسير الجنائى بين المفهوم الشـــكلى والمفهوم المرن، ونتائج مبدأ الشـــرعية وآثاره فى نطاق قانون العقوبات، وذلك من خلال أربعة مطالب، المطلب الأول: انعكاسـات الفكر الوضـعى والفكر الطبيعى على مبدأ الشرعية، والمطلب الثانى: الفكر القانونى الحر والشـــرعية الشــكلية الضـــيقة، أما المطلب الثالث: الفكر الحر اليســارى والتخفيف من الشــرعية الشـكلية، وأخيراً، المطلب الرابع: الفكر الواقعى فى قانون العقوبات والشرعية المرنة.

المطلب الأول
انعكاسات الفكر الوضعى والفكر الطبيعى على مبدأ الشرعية

إن هناك ارتباطاً وثيقاً بين السياسة الجنائية وبين الفكر السياسى والفلسفى الســـائد فى المجتمع. وإذا كان قانون العقوبات يمثل أقصـــى درجات الحماية التشـريعية للقيم والمصـالح الاجتماعية من وجهة نظر المشـرع الوضـعى، فمن الطبيعى أن يتأثر فى سـياسـته الجنائية وفى أسـلوبه فى حل المشـاكل المختلفة بالأفكار الفلسفية والسياسية التى تقوم عليها الدولة[١]. وإذا كانت هذه الحقيقة هى التى قامت وتقوم عليها الســياســة الجنائية فى التشــريعات المختلفة، فإن دراســة الفكر القانونى المكون لخلفية التشـــريع هو أمر لازم وضـــرورى لتفهم الأبعاد الحقيقية له[٢].

والمتأمل للمذاهب فى محيط قانون العقوبات يجد أنها يمكن إدراجها تحت طائفتين كبيرتين: الأولى، هى طائفة الفكر الطبيعى، والثانية، هى طائفة الفكر الوضـعى[٣]. وهاتان الطائفتان بدورهما يعكسـان الفلسـفة الخاصـة بأصـل القانون

---

[١] Bettial, “**aspectti paltiei del dirtto penale contemporaneo**”, ١٩٥٣ .p. le seg .

[٢] Bettial , ll problema penale , polermo , ١٩٤٨ ٢١

[٣] Paratta, “**positivismo giuridicoe scienza del diritto penate**”, milano , ١٩٦٦, ٢٣ e seg .

فى لا مجتمعات ، وهل هو تعبير عن ظاهرة عامة وجدت مع الوجود الإنسانى والمجتمعات الإنسانية، أم أنه تعبير عن إرادة القوى السيرة للمجتمع الإنسانى مع ما يترتب على ذلك من التفرقة، أو عدم التفرقة بين ما هو كائن فعلاً وبين ما يجب أن يكون[١].

[١] Liszt la teoria del scopo nel diritto penale ١٩٦٢ , p.ge seg

جميع المراجع الإيطالية المشار إليها فى هذا الفصل مأخوذة من مؤلف د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٦،٧ ، ولم يتم الاطلاع عليها مباشرة .

المطلب الثانى
الفكر القانونى الحر والشرعية الشكلية الضيقة

كذلك فإن الدولة وجدت لخدمة الفرد كى يستطيع تحقيق مصالحه وتطوير قيمه، ومن ثم، فهى تخدمه فى مصالحه المادية والمعنوية على السواء[١]. ومع ذلك فقد ظهرت فى محيط الفكر الوضعى تيارات متعددة حول الدور المنوط بقانون العقوبات فى المجتمع يمكن ردها إلى اتجاهين: يمثل أحدهما الاتجاه المحافظ للقانون بإضفاء فكرة ثابتة عليه مؤداها أن القانون يهدف بحكم طبيعته إلى الحيلولة دون أى تطور اجتماعى يختلف عن قواعده الثابتة . ويمثل الاتجاه الثانى فكراً تقدمياً أو حركياً بمقتضاه يعتبر القانون نقطة انطلاق نحو التطور والتقدم فى المحيط الاجتماعى .

وقد أثر ذلك على منهج البحث الذى يلتزمه الباحث فى تفهم وتفسير القاعدة التجريمية والقواعد الجنائية عامة، وكذلك الحدود التى يعمل فى إطارها مبدأ الشريعة ومدى الاعتداد فى التفسير بالجوانب السياسية والاجتماعية والأخلاقية التى تقف خلف القاعدة الجنائية، وإن لم يرد ذكرها بالوصف القانونى للواقعة الإجرامية .

وكذلك الحال بالنسبة للفكر الطبيعى ، فقد ظهرت فى محيطه تيارات واتجاهات متعددة بل ومتباينة، وإن كانت تلتقى فى كثير من نتائجها مع ما انتهى إليه الفكر الوضعى. ونقصد بذلك مدرسة القانون الحر، ومدرسة القضاء الاجتماعى، ومدرسة الواقعية القانونية، والتى التقت فى كثير من نتائجها مع الاتجاه التقدمى أو الحركة للفكر الوضعى[٢]، وخاصة فى محيط تفسير القواعد الجنائية، ودور القاضى الجنائى فى تكملة النقص التشريعى، ولا غرابة فى هذا، إذا ما أخذنا فى الاعتبار أنهما قد نبعا من فكر واحد.

ذلك أن أساس المدرسة الطبيعية الحديثة ومدرسة الوضعية القانونية هو الفكر التوضيحى الذى يرى فى القانون ضماناً للحريات الفردية، وتثبيتاً للحدود

---

[١] Aldo Aaro, "**La Subbiettivazione della Narma Penal**", ١٩٤٢ b ١٦٤e segg

Gavallo, Diritto penale vol lll ١٩٥٩ p.٨.
Grispigni, Diritto Penale, Italiono l , p.٧٥.
Leone Lstituzioni di Diritto Processuale . ١٩٦٥, p.٦.

[٢] Antalisei, "**Per un Iindirizzo Realistico nella Scienzadel Diritto Benale**" , in serittidi diritto benale giuffre ١٩٥٥ , p. ٣e seg .

د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص١١،١٠.

ما بين نطاق الفرد ونطاق التدخل القانونى للدولة، ومن أجل ذلك نجد أن بعض فلاســفة القانون قد أطلق بحق على الخلاف بين المدرســة الطبيعية ومدرســة الوضعية القانونية أنه عداء بين أخوين[١] .

ومن هذا فإن القانون كما هو كائن يختلف عن القانون كما يجب أن يكون. والثانى يقدم الوضــعية القانونية باعتبارها نظرية المقيم، والتى وفقاً لها لا يمكن استخلاص ما يجب أن يكون من الكائن فعلاً. ولما كان القانون بمعتنى التشريع والدولة هما مســتودع الأخلاق، فإن التشــريع بالتبعية لابد وأن يكون ملزماً من الناحية الأخلاقية باعتباره تجسيد لتلك القواعد. والثالث، يأخذ الوضعية القانونية كمنهج لتفسير القانون يؤسس على فكرة الثبات القانونى.

فالمشــرع يخلق نماذج تشــريعية عامة ومجردة مكونة من عناصــر قيمية للمعانى المحددة بها. ومعنى ذلك ضــرورة خضــوع المفســر لإرادة المشــرع واستبعاد الالتجاء إلى الخلفيات الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصــادية التى لم يرد ذكرها فى الوصف القانونى للواقعة[٢]. ولعل من أهم الموضوعات التى برز فيها تأثر قانون العقوبات بخلاف المذاهب القانونية المختلفة هى المتعلقة بتفسير القاعدة الجنائية ، وبيان مشروعية أو عدم مشروعية القياس فى المواد الجنائية وحدود ذلك[٣].

ولقد تلقف الأفكار الســابقة أنصــار المدرســة التقليدية فى قانون العقوبات، وحاولوا بذلك تبرير قانون العقوبات استناداً إلى أنه إذا كانت الدولة هى ضرورة طبيعية وجدت لخدمة الأفراد ورعاية مصــالحهم، فإنها يجب عليها أن تضــمن حماية تلك المصالح عن طريق منع وتجريم الأفعال التى تهدد النظام الاجتماعى والأخلاقى للدولة، والذى يجد فيه الأفراد ســبب وجودهم . غير إن الدولة فى سلوكها السابق عليها أن تراعى دائما مصلحة الفرد.

ونتيجة للأفكار الســابقة ظهر مبدأ الشــرعية فى صــورة منطقية فى غير حاجة إلى تبرير، فالدولة يجب عليها أن تحدد ســلفاً الأفعال التى تعطيها حق التدخل بالعقاب، كما يتعين عليها أيضــاً أن تحدد العقوبة التى يمكن أن توقعها على الجانى ضماناً لحرية الفرد، والثبات القانونى من ناحية، وإرضاء الشعور

---

[١] أطلق هذه العبارة " Bobbio " انظر فى ذلك " Baratta" **المرجع الســابق** ص٧ . مشــار إليهما فى مؤلف أستاذنا الدكتور مأمون سلامة فى الإشارة السابقة مباشرة ص ١٢.

[٢] أنظر أكثر تفصيلاً "Baratta " **المرجع السابق** ، ص٤ وما بعدها.

[٣] Antalisei , **ll giudice penalee la legge , in senitti , op. Cit.** ,p ٤٣ e . seg

مشار إليهما فى مؤلف أستاذنا الدكتور مأمون سلامة فى الإشارة السابقة مباشرة ص ١٤ .

العام بعدالة الجزاء الجنائى من ناحية أخرى، ذلك أن التحديد الســـابق للفعل الإجرامى، وللعقوبة المقررة لارتكابه إنما يباشـــر أثره على إرادة الفرد فى اختيار السلوك المتجسد فى العالم الخارجى[1]. ولما كان القياس فى محيط القواعد الجنائية الموضـوعية، وكذلك سـريان قانون العقوبات على وقائع لما تحدث فى ظله، إنما يمثل خرقاً لمبدأ الشـــرعية ظهرت فكرة الواقعة النموذجية التى يقف دور القاضـــى حيالها عند حد إجراء عملية المطابقة بين الواقعة المادية وبينها للحيلولة دون إمكان إعمال القياس[2].

أما عن دور القاضى الجنائى فى تطبيق القانون وتفسيره، فلا بد وأن يكون محدداً للغاية حتى لا يضـــر بمبدأ الشـــرعية[3]. فالقانون وفقاً للفكر الذى نحن بصـــدده هو دائماً كامل لا يوجد به أى نقص[4]. ولذلك فإن ما على القاضـــى أن يفعله هو البحث عما تضـــمنه القانون ذاته دون أن يلجأ إلى أى من الخلفيات الاجتماعية أو السـياسـية أو الاقتصـادية للقاعدة. وكذلك يجب على القاضـى ألا يضـــع فى اعتباره أية مفاهيم أخرى لم ترد صـــراحة فى القاعدة الجنائية. وهنا يلتقى الفكر الطبيعى مع الفكر الوضعى. فالقاضى يكتشف القانون ولا ينشئه. إذ أن القانون طبقاً لهذا الفكر لا يمكن أن يكون ناقصاً بأية حال من الأحوال .

وقد يجد القاضى لنص القانون مضموناً أوسع أو أضيق مما وجد غيره، إلا أنه مضـمون موجود وقائم من قبل تدخله. ولذلك فإن التفسـير هو عملية معرفية يكرر فيها القاضـى ما كان فى ذهن المشـرع الوضـعى وقت النص على القاعدة. وهو فى هذه العملية يجب أن يسـتبعد أى تقييم للقاعدة على ضـوء ما اسـتجد من ظروف اقتصـــادية واجتماعية لم تكن قائمة وقت التشـــريع حتى لا يخلط بين وظيفته فى التطبيق ووظيفة المشـرع فى التشريع[5].

وعلى نقيض الفكر الحر المحافظ فى صـورته السـابقة، نجد الفكر التقدمى المسـتند إلى الوضـعية القانونية. فقانون العقوبات يجد مبرراته فى كونه وسـيلة لحماية الجماعة متمثلة فى مصـــالحها المتطورة والمتجددة. ولذلك فإن مبدأ

---

١ Antalisei , **per un imdirizzo realistico ,op. Cit**., ١٣ e seg .

٢ **Ipid**, p. ١٣ e seg .

٣ Antalisei , ll giudice , cit , ٥٠ e seg

٤ Baratta ، **المرجع الســابق** ، ص٥ وما بعدها. مشــار إليه فى مؤلف أســتاذنا الدكتور مأمون ســلامة فى الإشارة السابقة مباشرة ، ص١٦.

٥ Antalisei , "**per un Imdirizzo Realistico**" , cit ,١٦ e seg .

مشار إليه فى مؤلف أستاذنا الدكتور مأمون سلامة فى الإشارة السابقة مباشرة ، ص١٦ .

الشـــرعية بصـــورته التقليدية لابد وأن يحول دون قيام قانون العقوبات بوظيفته الأســـاســـية[1]. فأســـاس التجريم ليس فى النص التشـــريعى، وإنما فى الخطورة الاجتماعية للفعل بالنســـبة للمصـــالح الجوهرية للمجتمع. وغير المندرج تحت نص من النصـــوص التجريمية. وإنما عليه أن يعمل القياس حتى يحقق الحماية الفعالة المنوطة بقانون العقوبات[2].

وظاهر مما سبق مدى تأثر الفكر التقدمى بالنتائج التى قدمتها المدرسة الوضعية فى محيط القانون الجنائى. ولذلك فإن الجريمة فقدت صلتها بالنص التجريمى، واستبدلت الشرعية الموضوعية بالشرعية الشكلية[3].

ولما كانت المصالح دائماً متجددة ومتطورة، وكان التدخل التشريعى عادة يكون لاحقاً على هذا التطور والتجدد، فإن سلطة القاضى الجنائى فى تفسير النص وإعمال القياس تتفادى الكثير من النقص التشريعى، وما دام القياس أصبح جائزاً وفقا لهذا المنطق، كما لن يكون هناك مجال لإعمال مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية التى تسئ إلى مركز المتهم[4].

المطلب الثالث
الفكر الحر اليسارى
والتخفيف من الشرعية الشكلية

---

[1] Bettial , “**Aspetti Palitici**” , cit p. ٥e seg .

_ Pannain , “**la Struttusa del Reato”** , milano ١٩٥٨ , ٧e. Seg . Antolisei , ll givdiee , cit ٥٥ e , seg .

مشار إليه فى مؤلف أستاذنا الدكتور مأمون سلامة فى الإشارة السابقة مباشرة ، ص ١٧ .

[2] Sant – Hileire , “**la Crise du Principe de la Legalite des Delits et des Peines”** , Universite du Caire ١٩٨٧ , p – ١١٧ et suiv.

مشار إليه فى مؤلف أستاذنا الدكتور مأمون سلامة فى الإشارة السابقة مباشرة ، ص ١٩ .

[3] يلاحظ أستاذنا الدكتور / مأمون سلامة ، بحق ، أن أنصار مبدأ عدم المشروعية الموضوعية ينطلقون من مبدأ مفاده أن هناك قواعد قانونية غير تشريعية تشكل مصدرا للتجريم والإباحة وأن هذه القواعد سابقة للتشريع وبالتالى فهى تشكل حدود للقاعدة التشريعية ، بينما القواعد التشريعية لا تعتبر حدود لتلك القواعد وبالتالى فإن الشرعية الموضوعية هى المناط فى الإباحة والتجريم على السواء .

– د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص١٦، ١٧.

[4] قارن أيضا : أنتوليزى **Per un indirizzo realistico** ، **المرجع السابق** ، ص٣٢ وما بعدها.

مشـار إلى كل هذه الآراء بمؤلف أسـتاذنا الدكتور/ مأمون سـلامة : **حدود سـلطة القاضـى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص١٩ .

جدير بالذكر أن تطور النظرية الواقعية فى الفقه منذ ظهورها فى أوائل القرن الحالى مرتبط بتطور نظرية عدم المشروعية. ذلك أنه عقب ظهور فكرة "بيلنج" فى الواقعة النموذجية، بدأت حركة جديدة متأثرة بفلسفة القيم تهدف إلى إنكار المفترض الذى انطلق منه "بيلنج"، وهذا المفترض يقوم على التفرقة بين تقدير عدم التطابق وبين تقدير عدم المشروعية. وقد ساعد على ذلك أفكار "باو مجارتن"، والتى بمقتضاها زالت العقبات أمام التسليم بالتماثل بين عدم التطابق وبين عدم المشروعية، وذلك بفكرته فى العناصر السلبية. ومع تطور وزيادة تأثر الفقه الجنائى بفلسفة القيم فقد المفهوم الشكلى للواقعة النموذجية كما أرادها "بيلنج" أهميته بل وطمس كلية بالاتجاه الجديد الغائى. وهذا الاتجاه الغائى حاول إثراء الواقعة بعناصر قاعدية أو معيارية تكون أساساً بعد ذلك لأى تقييم أو تقدير لعدم المشروعية أو ما يعرف بالإذناب بعد ذلك[1].

ويلاحظ أستاذنا الجليل الدكتور مأمون سلامة فى بحثه القيم الذى نسرد من خلاله هذا التطور الدقيق لمفهوم مبدأ الشرعية أن الفكر الغائى للواقعة ممتد فى جذوره إلى "هجلر" وكتابات "ساور" حول الواقعة باعتبارها عدم مشروعية مادية. وعن طريق فقه العناصر القاعدية أو المعيارية للواقعة التى أشار إليها "متزجر" وأيضاً كتابات "رادوبرخ" حول المفهوم القاعدى للفعل والذى أنكر فيها كلية المفهوم الطبيعى للفعل، من كل ذلك فقدت الواقعة النموذجية كما نادى بها "بيلنج" فى أول كتاباته استقلالها كلية عن فكرة عدم المشروعية .

وبذلك أصبح الطريق ميسوراً أمام أنصار عدم المشروعية الموضوعية كأساس للنموذج القانونى للواقعة. فيكفى أن تفقد الواقعة المادية وظيفتها فى تحديد السلوك الإجرامى لكى يكون التركيز على العناصر الشخصية هو المناط فى تحديد الواقعة الإجرامية[2].

---

١ Baratta , positivismo , cit , p. ٦٢ e seg . مشـار إلى كل هذه الآراء بمؤلف أسـتاذنا الدكتور/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٢٢ .

٢ د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٢٥ ، ٣٤.

المطلب الرابع

الفـكر الواقـعى

فى قانون العقوبات والشرعية المرنة

والنتيجة التى يمكن الوصول إليها من العرض السابق، هى أن المبالغة فى إعمال المنطق فى منهج الفن القانونى أدى به إلى التجريد وإلى عدم تفهم حقيقة الواقع القانونى. ومن ثم أضحى القضاء عند هذا الفقه مجرد آلة لتطبيق القانون. وينتهى أستاذنا الدكتور مأمون سلامة بحق إلى أنه حتى يكون لقانون العقوبات دوره الفعال فى المجتمع، فلا بد من طرح منهج الفن القانونى جانباً. ويستتبع ذلك الأخذ باعتبارين :

- **الاعتبار الأول:** هو اتباع منهج بحث واقعى يعتد بالواقع الاجتماعى للقاعدة.
- **الاعتبار الثانى:** هو الاعتراف للقاضى الجنائى بدور فعال فى تكملة النقص التشريعى عن طريق التفسير. ومن الواضح أن هذا الاعتبار الأخير هو نتيجة طبيعية لأخذ الاعتبار الأول فى الحسبان[1].

والخلاصة التى انتهى إليها الفقه الجنائى المعاصر بعد هذه الأطوار الفلسفية وما نتج عنها من آثار عملية فى مجال تطبيق النصوص الجنائية تحت مظلة مبدأ الشرعية يمكن تحريرها فى النقاط التالية:

١- إن القانون بصفة عامة وقانون العقوبات بصفة خاصة ليس مجرد شكل يصاغ وإنما هو تعبير عن الواقع الإنسانى والاجتماعى. وهذا الواقع هو الذى يكون مضمون القاعدة القانونية[2].

---

١ يلاحظ أن المنهج الواقعى يرجع إلى كارل شميث كرد فعل للمنهج القاعدى الشكلى الذي ساد الفقه الألمانى والإيطالى فى النظرة التحليلية للجريمة على حين يرتبط بالمنهج الواقعى النظرة الشمولية للجريمة ، والتى ظهرت فى تعاليم مدرسة كيل بألمانيا انعكاساتها ا المتطرفة ، وان كانت مدرسة كيل حاولت أن تميز بين منهجها وفكرة كارل شميث للواقعية ، ولهذا السبب نجد أن النظرة الشمولية للجماعة ، قد هوجمت من قبل أنصار الفكر الحر فى قانون العقوبات أمثال بينيول بوصفها باللاعقلانية .

- د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون، المرجع السابق** ، ص٢٥ ، ٣٤ .

٢ Pagliaro . ll fatto di Reato , Palermo , ١٩٦٠ , p. ٧٣ e seg petrocelli , lantigiuridicita . padava ١٩٥٩ . p. ٣ e seg – pannain la struttura del reato , cit . p ١٢ not ٨ Bettial diritto penale , p . ١٧١ e seg .

مشار إليها بمؤلف د / مأمون سلامة : حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص٣٥.

٢- إن الواقعة الاجتماعية موضوع القاعدة وكذلك الغرض أو الهدف الذى ترمى إليه القاعدة لا يمكن اعتبارهما عناصر خارجة عنها وإنما داخلة فى نطاقها. وإذ كان الاعتداد بالواقع الاجتماعى ضرورياً بالنسبة لفروع القانون المختلفة فهو أساس لابد منه بالنسبة لقانون العقوبات الذى يدرس الجريمة والمجرم .

٣- يجب فى دراسة القاعدة الجنائية أن يلمس الباحث الخلفيات الاجتماعية لها، ويلزم فوق ذلك أن يكون لمقتضيات الحقائق الاجتماعية الثقل الأكبر فى تقديراته وتقييماته وما يصل إليه من نتائج. ومن ثم فلا يجب الاستسلام للمنطق المجرد، بل على الباحث أن يراقب النتائج التى وصل إليها ومدى اتساقها مع الواقع الاجتماعى لمعرفة ما إذا كانت تخدم الغرض الذى من أجله وضعت القاعدة. وفوق ذلك التأكد من كونها متفقة مع الخطوط العامة للنظام القانونى ككل.

٤- وبناءً على ما تقدم يجب رفض جميع النتائج التى لا تتوافق مع تلك الأهداف حتى ولو كانت من الناحية المنطقية سليمة. وذلك طبيعى نظراً لأن الأمر هو الذى يقابله الالتزام بالامتثال أو الأداء. وعليه فإن القاعدة القانونية بوصفها حماية موضوعية للمصالح المختلفة ، فإنها تطبق تلقائياً كلما تواجد سلوك متعارض معها موضوعياً، طالما أن الفاعل لم يتواجد فى ظروف تشكل إكراهاً مادياً ينفى السلوك المادى ذاته[١] .

المبحث الثالث

مبدأ الشرعية الجنائية فى إطار نظرية المشروعية فى النظام القانونى الشامل للدولة

ونتناول فى هذا المبحث مبدأ الشرعية الجنائية فى إطار نظرية المشروعية فى النظام القانونى الشامل للدولة، وبيان خصائص المشروعية، والمتمثلة فيما يلى: **أولاً**: المشروعية ركيزة أساسية فى النظام القانونى بأسره وفى نظام

١ _ د/ مأمون سلامة . **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٨٣ .

_د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، المرجع السابق ، ص١٠١ .

_ د/ محمود إبراهيم إسماعيل . **المرجع السابق** ، ص١٤٥ وما بعدها .

الإثبات بصفة خاصة، **ثانياً**: المشروعية مبدأ ذو طبيعة متكاملة. ولكى يتكامل توضيح الأساس القانونى الذى نبنى عليه قناعتنا فى مدلول مبدأ الشرعية، وأثره فى مجال تفسير النصوص الجنائية، فحرى بنا إلقاء الضوء على فكرة المشروعية.

المطلب الأول

مدلول مبدأ الشرعية من منظور متكامل

" المدلول الراجح للمبدأ "

وفى هذا الصدد يتحدث فريق من الفقهاء[1] عما يمكن تسميته **بالنظرية العامة للمشروعية**، والتى يعد مبدأ الشرعية الجنائية أحد أهم روافدها. ويتعاظم دور محكمة النقض، ومن ورائها القضاء برمته، بالنسبة لنظرية المشروعية، حيث تتصدى المحكمة دائماً لتحديد ما يعد مشروعاً من الإجراءات ما لا يعد كذلك. ومن ثم ما يمكن قبوله من الأدلة وما لا يمكن.

ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الشرعية، وإن كانت تمثل رافداً ومصدراً من مصادر المشروعية، إلا أنه لا تطابق بينهما، وذلك لوجود مصادر أخرى يتكون من مجموعها مضمون المشروعية، منها ما استقرت عليه أحكام النقض، ومنها ما يلجأ إليه القاضى أثناء مباشرته وظيفته من الاعتماد على ما يحويه النظام القانونى للمجتمع من قيم ومبادئ يستعين بها فى بحثه عن الحل القانونى للنزاع المعروض عليه. وفى إطار البناء لما نبتغيه من بيان للأسانيد القانونية لمشروعية تصدى القضاء لحالات النقص فى التشريع وحدود ذلك التصدى، يمكننا تلخيص ما يعنينا من خصائص المشروعية التى توجب على القاضى التصدى لتلك الدالات فنقول:

- **خصائص المشروعية :**

[1] د/ عمر الدسوقى أبو الحسين فضل : أسس الحكم فى المواد الجنائية ، **رسالة دكتوراه** ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٠، ص٥ .

تتميز المشروعية بعدة خصائص تنبع من طبيعتها الخاصة، ومن دورها خلال مراحل العملية الإثباتية وإجراءاتها، باعتبارها السياج الواقى ليس للفرد فحسب بل أيضاً، وبنفس القدر، للسلطة خلال كافة مراحل الخصومة الجنائية .

أولاً : المشـــروعية ركيزة أســـاســـية فى النظام القانونى بأســـره وفى نظام الإثبات بصفة خاصة :

للمشروعية دور يستحيل ضمان تحقيق العدالة فى الخصومة الجنائية دون الالتزام به، إذ تفرض على أطراف الخصـومة الجنائية والقاضـى عند اختيارهم للدليل أن يتسم الدليل وإجراءات الحصول عليه بالمشروعية. كما أنها تمثل مبدأ على حـــــرية القاضـى فى الاقتناع إذ لا يجوز له أن يعول فى حكمه علا على الأدلة المشروعة فقط .

على أن تلك المكانة التى تحتلها المشـــروعية لم تعد قاصـــرة على فرع قانونى دون الأخر، ولكنها فى الواقع أصبحت تعتبر ركيزة أساسية تسيطر على النظـام القـانونى فى جملتـه. بيد أن ظهورها فى مجال القانون العام والجنـائى بصـفة خاصـة مرجعه إلى طبيعته الخاصـة، واهتمامه بحماية الحريات العامة، مستعيناً بها للوصول إلى تحقيق ذلك التوازن المنشود بين الفرد والسلطة.

ثانياً : المشروعية مبدأ ذو طبيعة متكاملة :

تتميز المشـــروعية بأنها مبدأ ذو طبيعة متكاملة تتضـــمن مجموعة أبعاد قانونية وأخرى أخلاقية. ولعل ذلك يرجع إلى عمومية مصـــادرها واســـتلهام مضـمونها من النظام القانونى فى مجموعة دون اقتصـــار على مصـدر قانونى معين أو مبدأ أخلاقى محدد لذلك، فإن المشـــروعية تعنى التوافق مع الخلق القومى فى مجموعـة. وفى المجـال الجنـائى تزداد أهميـة المبـدأ، وتتكـاثر الاعتبارات التى تجعل آثار المبدأ تكاد تلقى بظلالها على كافة جوانب القانون الجنائى، وسـوف نواصـل الحديث حول مبدأ الشـرعية، ولكن من زاوية أخرى فى الباب الأخير ضمن الحديث عن ضوابط سلطة القاضى الجنائى فى الابتداع، جرياً على منهجنا فى دراسـة الموضـوع الواحد فى أكثر من موضـع من زوايا مختلفة بلوغاً للغاية المنشودة من الدراسة.

- **رأينا فى الموضوع :**

وخلاصــة ما نراه من بعد هذا العرض، أن مبدأ الشــرعية **مبدأ متكامل** مع غيره من المبادئ المكونة لمنظومة المشروعية التى يستظل بها النظام القانونى فى الدولة القانونية بأركانها المعروفة فى فقه القانون العام، الدستورى والإدارى.

ومبدأ الشــرعية الجنائية فى ذات الآن مرن المضمــون، إذ يتطور ذلك المضمــون ليظل متفقاً على الدوام، ومتســقاً مع مفاهيم المجتمع الذى يحميه ويصــونه. تلك المفاهيم التى يأتى العدل والحرية والمســاواة على رأســها. وبهذا المفهوم المتكامل والمرن والمتسق لمبدأ الشرعية يمكن أن نتفهم الموقف الصلب والصحيح الذى يرتكن إليه القضاء الجنائى المصرى حين يمارس وظيفته، وفى نفس الوقت سلطته فى الابتداع[1] عندما تعوزه النصوص كما سيبين لنا فى جنبات هذه الدراسة[2].

وقد عبرت محكمة النقض خير تعبير عن هذا المضــمون المتكامل لمبدأ الشــرعية الجنائية فى حكم حديث لها فقررت "لما كان مبدأ الشــرعية وســيادة القانون هو أســاس الحكم فى الدولة طبقاً لنص المادة ٦٤ من الدســتور وهو مبدأ يوجب خضــوع ســلطات الدولة للقانون والتزام حدوده فى كافة أعمالها وتصرفاتها بما يصون للشرعية بنيانها. وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات، على ما نصت عليه المادة ٦٥ من الدستور. وكان الدســتور القائم قد قسم ســلطات الدولة إلى ثلاث ســلطات هى التشــريعية والتنفيذية والقضــائية ونص فى المادة ١٥٣ منه فى الفصــل الثالث من الباب الخامس تحت مســمى الســلطة التنفيذية على أن "الحكومة هى الهيئة التنفيذية

---

[1] وقد آثرنا استخدام هذا المصطلح لأول مرة فى الدراسات الجنائية لدقته فى التعبير عن الجهد الذى يبذله القاضى عند تعرضــه لحالات النقص فى التشــريع . كما أن لهذا المصــطلح أهمية أخرى فى خدمة هذه الدراســة وهو إزالة الحساسية الغير مبررة بين مفهوم الشرعية الجنائية ، ومفهوم الاجتهاد القضائى عند تفسير النصوص الجنائية خاصة عند النقص أو الغموض .

ومن ناحية أخيرة فالمصطلح المذكور يتوافق مع المضمون الشرعى للاجتهاد والابتداع الحسن المنوط بالقاضى أو المفتى ، كما سيبين فى طيات الباب الأخير من هذه الدراسة .

[2] لا يعد تقرير هذه الحقيقة اســتباقاً منا لنتائج البحث فى مراحله وأطواره العلمية التى ســرنا فيها لســنوات عديدة قبل التوصــل إليها ، ومن ثم إضــافتها فى هذا الموضــع ، بيد أنه فقط اســتباق فى ذكر بعض تلك النتائج لضــرورة تمكين القارئ من لم شعث الأفكار الكثيرة المتداخلة والمتراكبة وبالقدر الذى يحقق الهدف المرجو من هذه الدراســة .

والإدارية العليا للدولة .." بينما نص فى المادة ١٦٥ وما بعدها فى الفصل الرابع من الباب الخامس تحت مسمى السلطة القضائية على أن: "السلطة القضائية مستقلة" ونصت المادة ١٦٨ على أن "القضاة غير قابلين للعزل ، وينظم القانون مساءلتهم تأديبياً"[1].

- **موافقة المدلول الذى نرجحه لمبادئ الشريعة الإسلامية :**

وأود أن أنهى هذا الجزء بالتأكيد على الرأى الذى أعتقده من أن مبدأ الشرعية ذو طبيعة متكاملة من بين عناصرها المرونة والقدرة على التطور من خلال الاستجابة للمتغيرات الاجتماعية والثقافية والسياسية المشروعة فى المجتمع.

ونؤكد فى هذه المثابة على أن هذا المفهوم المتكامل لمبدأ الشرعية يوافق المفهوم المتداول فى الفقه الإسلامى للمبدأ[2]. فقد قرر الفقهاء أن مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة بغير نص" ينطبق على جرائم الحدود والتعازير. وقد انبرى فقهاء الشريعة الغراء بالرد على من زعم أن جرائم التعزير لا تتقيد بمبدأ الشرعية وأن سلطة القاضى حيالها تحكمية، وفى ذلك يقول المستشار عبد القادر عودة - رحمه الله - عن أساس هذا النظر المرجوح" هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم، فالحقيقة التى لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتى حظاً من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم، يعلم حق العلم أن القاضى ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية فى تعيين الجرائم والعقوبات، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضى منحصرة فى تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه، فإن انطبق وقع على الجانى العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضى سلطة واسعة فى اختيار العقوبة التى يراها ملائمة من بين عدة عقوبات مقررة للجريمة، وجعلت له أن ينظر فى اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه، ودرجة تأثره بالعقوبة، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها فى الجماعة، وجعلت للقاضى أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها، وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده، فينذره بأن لا يعود لمثل ما

---

[1] الطعن رقم ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٢/٩/٢٥ . لم ينشر بعد .

[2] **أنظر فى عرض مضمون وآثار مبدأ الشرعية الجنائية فى الفقه الإسلامى :**

- د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٨ وما بعدها .

- د / حسن قرنى على خضر : التنصيص على الجريمة والعقاب فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالقانون الوضعى المصرى ، **رسالة دكتوراه غير منشورة** ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، فرع بنى سويف ، ١٩٩٣، ص ٩٨ وما بعدها .

فعل، وله أن يعاقب بأشد من ذلك بحبس أو بغرامة، وله أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

هذه هى سلطة القاضى فى الشريعة، وهى ليست سلطة تحكمية، وإنما هى سلطة أعطيت له ليتمكن من علاج المجرم والجريمة، وهى سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء، قصد منها تمكين القاضى من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما، وإنها لسلطة جديرة أن تحقق العدل، وترفع الحرج وتضع الأمور فى مواضعها، وتعاقب كل بما يستحق... ولكن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة الإسلامية، وكثيراً ما يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التى تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه، ولقد كان هذا سبباً دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضى، واقترح بعضهم حلاً للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها، ثم تعين العقوبات التى يستطيع القاضى تطبيقها، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجانى. وهذه الطريقة التى يقترحها بعض علماء القانون هى نفس الطريقة التى تسير عليها الشريعة فى جرائم التعزير"[١].

ويبين من ذلك أن مبدأ الشرعية الجنائية يعد رافداً من أصل عام يلقى بظلاله على كافة أركان الدولة القانونية ألا وهو مبدأ المشروعية. لما كان ذلك فقد أضحى من الطبيعى أن يستمد الفرع صفاته وسماته من الأصل الذى ينتمى إليه، وهو ما يجعل الغلبة للمدلول المتكامل لمبدأ الشرعية الجنائية على ما سواه من المدلولات المرجوحة التى قيل بها فى الفقه التقليدى والسالف عرضها.

وهذا المفهوم المتكامل يتيح للقاضـــى الجنائى حرية الاجتهاد والابتداع عند تناول النصـــوص حتى تلك المتعلقة بالجرائم والعقوبات. وفى ذات الآن يحافظ مبدأ المشـــروعية بهذا المفهوم المتكامل على القدر الأمثل من حريات الأفراد التى كفلها الدستور والقانون .

---

[١] د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

المطلب الثانى

آثار مبدأ الشرعية فى مجال التفسير الجنائى

نتائج مبدأ الشرعية وآثاره فى نطاق قانون العقوبات

وقد ترتب على هذا المبدأ لدى جمهور الفقهاء نتائج عديدة أهمها أنه يضع حداً فاصلاً بين اختصاص كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية. وبالتالى لا يمكن للقاضى أن يعتبر فعلاً ما جريمة ما لم يكن ثمة نص يعتبره كذلك. ولا يغير من الأمر شيئ كون هذا الفعل يتسم بتعارضه الصارخ مع منطق العدالة أو الدين أو الأخلاق. وكذلك لو كان يترتب على ترك هذا الفعل مباحاً إلحاق الضرر بالمجتمع أو تعريضه للخطر ، فلا مناص من تدخل الشارع فى هذه الأحوال لإنقاذ المجتمع.

أما القاضى فليس هذا مجال عمله، أو بعبارة أخرى يقتصر دور القاضى طبقاً لهذا المبدأ على تطبيق النصوص على الوقائع المعروضة عليه دون إضافة أو حذف .

ومن نتائج مبدأ الشرعية أيضاً أنه يقيد القاضى بنوع ومقدار العقوبة المنصوص عليها. ومن ثم فلا يقرر عقوبة غير مقررة للفعل ولو رأى أنها أصلح لعلاج المتهم. كما أنه لا يمكنه إنقاص تلك العقوبة أو زيادتها إلا وفقاً للقواعد التى تحدد مدى سلطته التقديرية.

والخلاصة التى نراها جديرة بالتحرير فى هذا الموضع، أن نتائج مبدأ الشرعية الجنائية التى يعددها الفقهاء يمكن ردها إلى نتيجتين جوهريتين تصبغان القانون الجنائى بأسره بصبغة مميزة عن بقية فروع القانون:

النتيجة الأولى: تتمثل فى الطبيعة الخاصة لمشكلات القصور التشريعى فى المسائل الجنائية، سواء كان فى صورة نقص تشريعى أو ظهر فى حالات غموض النصوص أو تعارضها. وما القياس والتفسير الواسع والسجال الفقهى الخاص بهما فى المجال الجنائى من حيث إباحة استعمالهما وحدود هذا الاستعمال إلا مظهراً من مظاهر الطبيعة الخاصة التى يضفيها مبدأ الشرعية على بحوث ودراسات القانون الجنائى[١].

النتيجة الثانية: تتمثل فى الفكرة العامة بحظر الأثر الرجعى للنصوص الجنائية. والاستثناء الوارد على هذه النتيجة يتمثل فى تطبيق القانون الأصلح

---

[١] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٣ .

للمتهم ولو بأثر رجعى[1]. وقد نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات على قاعدة الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم كاستثناء على مبدأ الشرعية الجنائية وقد جرى نص المادة على أنه: "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها. ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره. وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه بوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية".

ورغم ما يبدو عليه هذا النص من وضوح العبارة إلا أنه فتح مجالاً واسعاً للاجتهاد فى تفسيره فى الفقه والقضاء. ومن أمثلة اجتهاد الفقهاء المستنبطة من تفسير هذا النص ما ذهب إليه فريق من الفقهاء من أن القانون الذى يقرر للجريمة الحبس أو الغرامة أصلح من القانون الذى يقرر لها الحبس فقط والذى يقرر الحبس فقط أصلح من الذى يقرر الحبس والغرامة معاً، وكذلك يعد الحبس مع الشغل أشد من الحبس البسيط والغرامة معاً – وأنه فيما يتعلق بالغرامة التى دفعت كلها أو قسطاً منها ثم صدر قانون بإلغائها. فيرى البعض أنه لا يحق للمحكوم عليه أن يستردها ويكون شأنها شأن مدة الحبس التى يكون المحكوم عليه قد قضاها[2].

ويرى جانب آخر من الفقهاء تخريجاً على ذات المادة أنه بمجرد صدور قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه وقت ارتكابه بمحو جميع الآثار المترتبة على اعتباره معاقباً عليه فإذا كان المحكوم عليه دفع الغرامة أو قسطاً منها استردها، ولا تقاس الغرامة فى هذه الحالة على الحبس إذ أن القياس هنا مع الفارق، فتنفيذ الحبس لا يتأتى معه إعادة الحال إلى ما كانت عليه بينما يكون هذا متأتياً فى الغرامة بردها، وهذا الفارق هو الذى دعا إلى إيجاب تنفيذ الغرامة فوراً بمجرد صدور الحكم الابتدائى مع قيام الاستئناف إذ لا ضرر من هذا لأن الحكم إذا ألغى

---

[1] **راجع فى تفصيلات قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية واستثناء القانون الأصلح منها :**

- د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق** ، ص ٧٢ وما بعدها .
- د/ رمسيس بهنام : **النظرية العامة للقانون الجنائى ، المرجع السابق** ، ص ١٨٩ وما بعدها .
- د / محمد سليم العوا : مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن ، **مجلة إدارة قضايا الحكومة** ، العدد الثانى ، السنة ١٤ ، إبريل ويونيو ١٩٧٠ ، ص ٣٩٠.

[2] – د / على بدوى : **المرجع السابق**، ص ١٢٩ .

– د / السعيد مصطفى السعيد : **المرجع السابق** ، ص ١١٨ .

فى الاستئناف فإن الغرامة ترد أما الحكم الصادر بالحبس فالأصل أنه لا ينفذ إلا إذا كان نهائياً[1].

وأما اجتهادات القضاء فى تفسير هذا النص فتتمثل فيما انتهت إليه محكمة النقض من تخصيص إعمال قاعدة الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم فى مجال القواعد الموضوعية وعدم إعمال القاعدة فى مجال المسائل الإجرائية. وقد اتبعت محكمة النقض للتوصل إلى هذا الاجتهاد أسلوباً تفسيرياً يؤدى إلى تقييد القاعدة المطلقة. فقضت فى ذلك "بأن المقصود بالقانون الأصلح فى حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات هو القانون الذى ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً يكون أصلح له من القانون القديم...."[2]. كما قضت بأنه "من المقرر أن أحكام المادة الخامسة من قانون العقوبات لا تسرى إلا بالنسبة للمسائل الموضوعية دون القواعد الإجرائية، إذ الأصل أن الإجراء الذى يتم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً وخاضعاً لأحكام هذا القانون"[3].

كما قضت محكمة النقض بأن " طبقاً لصريح نص المادة ٥ من قانون العقوبات ووفقاً لقواعد الأساسية لمشروعية العقاب التى تقضى بأن لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها وبأن أحكام القوانين لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص فإنه إذا تعاقب قانونان ولم يكن الثانى أصلح للمتهم يجب دائماً تطبيق الأول على الأفعال التى وقعت قبل إلغائه. وذلك لامتناع تطبيق الثانى على واقعة سبقت صدوره. ولأن الشارع بنصه فى القانون الثانى على إلغاء القانون الأول لم يقصد بالبداهة أن يشمل هذا الإلغاء عدم العقاب على الأفعال التى عاقب عليها أيضاً فى القانون الثانى[4].

وسنعاود الحديث عن هذه التطبيقات القضائية الخاصة بالمسألة المطروحة من زوايا تفسيرية مختلفة فى الباب الثانى من هذه الدراسة. إلا أننا فى هذا الموضع يجدر بنا بعد أن عرضنا للمفاهيم المختلفة للمبدأ وللنتائج المترتبة عليه إجمالاً، أن نعرض لموقف الشريعة الغراء من هذه النتائج كما عرضنا آنفا لموقفها من مبدأ المشروعية ومدلوله.

---

[1] – د/ محمود محمود مصطفى : **المرجع السابق** ، ص ٤٧ .

[2] نقض ١٩٥٣/١٠/١١ طعن ٨٥٩ سنة ٢٣ ق الربع قرن ص ٩٢٣ بند ٤٥ .

[3] طعن رقم ١٣١٥ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٥ السنة ٢٨ القاعدة رقم ١٤٣ ص ٦٧٤ .

[4] نقض ١٩٣٩/٦/٢٦ طعن ١٣٩١ سنة ٩ ق الربع قرن ص ٩٢١ بند ٢٨ .

المطلب الثالث

قواعد سريان النصوص الجنائية من حيث الزمان

كما تبدو فى أحكام الشريعة الإسلامية

إن القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها، فلا تسرى على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها، ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم.

وليس فى كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعى للنصوص، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعى للنصوص ولم تتعرض له، فإن من يتتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة فى الأثر الرجعى.

ومن الفقهاء المعاصرين من يقرر أنه بتتبع آيات الأحكام الجنائية فى القرآن الكريم والأحاديث النبوية المتعلقة بتلك الأحكام يسهل عليه التوصل إلى القاعدة العامة فى الشريعة الغراء فى المسألة محل البحث ألا وهى أن التشريع الجنائى ليس له أثر رجعى. إلا أن هذه القاعدة العامة لها استثناءان:

أولهما : إن التشريع الجنائى **يجوز** أن يكون له أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن أو النظام العام .

ثانيهما : إن التشريع الجنائى **يجب** أن يكون له أثر رجعى كلما كان ذلك فى مصلحة الجانى .

والفارق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع، فله أن يجعل للتشريع أثراً رجعياً بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة، والثانى وجوبى فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة[1].

- **رأينا فى المسألة :**

إننا نرى أن جميع الأمثلة الشـرعية المسـاقة للتدليل على أن الفقه الجنائى الإسلامى يجيز إعمال الأثر الرجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام ، يمكن بإنعام النظر فيها اعتبارها داخلة فى إطار قاعدة سـريان القانون

---

[1] - د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٢.

- د / حسن خضر : **المرجع السابق** ، ص ٩٨ وما بعدها .

الأصـــلح للمتهم أو تعلقها بمســـائل إجرائية متعلقة بدليل الإثبات وليس بتجريم الفعل أو اندراجها فى مســـائل الفقه المدنى. وبالتالى يجوز أن يكون للنص عليها أثر رجعى من باب كونها أصـــلح للمتهم أو لعدم تعلقها بنص التجريم بصـــورة مباشـــرة. وقد تكفل جانب من الفقه الشـــرعى المعاصـــر بتفصـــيل هذه المســـائل والأدلة سواء المختلف عليها أو المتفق عليها من جهة الثبوت[١].

أما من جهة الاستدلال فإن بسط هذه الأدلة الشرعية والاجتهاد فى التوصل لموقف التشريع الجنائى الدقيق منها يحتاج إلى بحث خاص يخرج عن نطاق هذه الدراسة[٢]. بيد أنه قد يكون من المناسب أن أسوق مثالين من هذه الأدلة الشرعية التى يحشدها هذا الجانب المرموق من الفقه ليستدل بها على جواز ترتيب الأثر الرجعى على نص تجريمى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن أو النظام العام، لأبين ضرورة إعادة النظر فى هذا الرأى والأدلة التى بنى عليها[٣].

- **الدليل الأول والرد عليه :**

---

[١] **راجع بالتفصيل الأدلة الشرعية المتعددة على هذين الاستثنائين :**

- د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٦.
- د / حسن خضر : **المرجع السابق** ، ص ٩٨ وما بعدها .

[٢] انظر فى تفصيل الأدلة الشرعية المساقة للتدليل على استثناء الجرائم الخطيرة من إعمال مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية ، المرجعين السابقين ، ويمكن الوقوف بسهولة على ما يؤيد ملاحظاتنا الواردة بالمتن بالنظر فى كل من هذه الأدلة على حدة نظرة متأنية .

[٣] ويبقى مع ذلك للسيد الشهيد المستشار عبد القادر عودة فضل السبق فى الاجتهاد فى هذه المسألة وغيرها من المسائل الهامة التى احتواها المؤلف القيم الذى وفقه الله تبارك وتعالى إلى كتابته فى التشريع الجنائى الإسلامى والذى يبدأ منه كل باحث مخلص فى خدمة الشرع الحنيف فى هذا المجال .

والمثال الذى أسوقه هنا هو الخاص بتشريع "اللعان"[١]. فاللعان فى الشريعة "شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب، وحكمه: حرمة الوطء والاستمتاع"[٢].

فقد أخرج البخارى فى صحيحه عن ابن عباس: أن هلال بن أمية قذف امرأة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بشريك بن سمحاء فقال النبى صلى الله عليه وسلم: البينة أوحد فى ظهرك. فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول البينة وإلا حد فى ظهرك، فقال هلال والذى بعثك بالحق إنى لصادق فلينزلن الله ما يبرئ ظهرى من الحد ، فنزل جبريل وأنزل عليه **"وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ"**[٣]فقرأ حتى بلغ إن كان من الصادقين، فانصرف النبى صلى الله عليه وسلم فأرسل إليها ، فجاء هلال فشهد والنبى صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ؟ ثم قامت فشهدت . فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا إنها موجبة . قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ، ثم قالت: لا أفضح قومى سائر اليوم فمضت. فقال النبى صلى الله عليه وسلم: أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء. فجاءت به كذلك فقال النبى صلى الله عليه وسلم: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن. والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين[٤].

والمشهور عند العلماء أن واقعة هلال بن أمية سبب فى نزول الآية **"وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ"**[٥]. ويرى الفريق المشار إليه من الفقه الشرعى المعاصر أن هذا النص الجديد قد تم تطبيقه بأثر رجعى فى واقعة اللعان على هلال بن أمية لما له من أثر خطير على كيان المجتمع الإسلامى[٦].

---

[١] د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٢.

د / حسن خضر : **المرجع السابق** ، ص ٩٨ وما بعدها .

[٢] الإمام / الكمال بن الهمام : **شرح فتح القدير** ، الجزء الرابع ، ص ٢٧٦ .

[٣]سورة النور: من الآية٦

[٤] **صحيح البخارى** ، الجزء السادس ، ص ٨١ .

[٥] سورة النور " الآية ٦ .

[٦] **تفسير القرطبى** ، **الجامع لأحكام القرآن** ، الجزء الخامس ، ص ٤٥٧٥ .

ويبدو من العرض السابق أننا أمام جريمتان وليس جريمة واحدة كما بنى الرأى السالف وجهة نظره الاستدلالية على أننا أمام استثناء على قاعدة عدم الرجعية بسبب خطورة الجريمة .

وتتمثل الجريمة الأولى فى فعل المتهمة الزوجة ومن معها وهى جريمة الزنا المبلغ بها بمعرفة الزوج المجنى عليه والتى يدعى حصولها أمامه. وهى الجريمة التى لم يلتفت إليها هذا الجانب من الفقه .

والجريمة الثانية التى تتحصل مباشرة من مجرد الإبلاغ عن الجريمة الأولى هى جريمة القذف، والجانى فيها هو المجنى عليه فى الجريمة الأولى والمجنى عليها فى جريمة القذف هى المتهمة فى جريمة الزنا. وبتحليل "التشريع الجديد" بناءً على التكييف القانونى السابق للواقعة نتبين الآتى :

١- التشريع الجديد عدل فى أسلوب الإثبات الذى كان محدداً لإمكان القضاء بالإدانة عن تهمة الزنا الحدية. فجريمة الزنا كان يشترط لثبوتها شهادة أربعة شهداء على رؤية الفعل المكون للركن المادى للجريمة. وفى ظل التشريع الجديد استثنى الزوج من هذا الشرط وتقرر له أسلوب آخر فى إثبات جريمة الزنا الواقعة من زوجته أمامه، إذ اكتفى بشهادته مع إجراء آخر مستحدث هو "الملاعنة".

٢- ولا يخفى أن الملاعنة كأسلوب إجرائى جديد فى الإثبات يدخل فى إطار القانون الأصلح للزوج المتهم فى جريمة القذف والذى كان سيتعرض لا محالة للعقاب عن تلك الجريمة إذ أنه لم يحضر على دعواه النصاب المقرر فى التشريع السارى للشهادة على جريمة الزنا التى يرمى بها زوجته .

٣- وأما من جهة الزوجة كمتهمة فى جريمة الزنا فإن التشريع الجديد "إجرائى" ويتعلق بإثبات الجريمة وليس بأركانها. ومن ناحية أخرى فإن التشريع الجديد وإن كان يبدو مسيئاً لمركز المتهمة من جهة أنه أعفى الزوج المبلغ من نصاب الشهادة العسير، إلا أن حقيقة الإجراء الجديد غير مسيئ لموقف المتهمة. وذلك لأنه فى ذات الآن الذى أعفى فيه الزوج من نصاب الأربعة شهداء ، فقد قرر للزوجة المتهمة "مانعاً للعقاب" بيدها استخدامه، وقد جاء صريحاً فى قوله تعالى "**وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ**"[١].

---

[١] سورة النور:الآية ٨

ومن هذا العرض يتبين عدم دقة القول بوجود أثر رجعى فى التجريم فى مسألة "اللعان" والله تعالى أعلم .

- **الدليل الثانى والرد عليه :**

والمثال الثانى الذى أسـوقه للتدليل على رأيى فى عدم دقة الرأى القائل بجواز إعمال التشريعات الجنائية بأثر رجعى فى الجرائم الخطيرة فى الشريعة الغراء هو المتعلق " بالظهار ".

وهو فى اصطلاح الفقهاء : تشبيه الزوجة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقاً بنسب أو رضاع أو مصاهرة[1]. فإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطأها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره . والظهار كان طلاقاً فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة غير مزيل للنكاح . وهو خيانة لكونه منكراً من القول وزوراً ، والجناية تتناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة[2]. قال تعالى "**قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ** "[3].

وسبب نزول هذه الآية ما أخرجه ابن ماجة فى سننه عن عروة بن الزبير قال : قالت عائشة: "تبارك الذى وسع سمعه كل شئ. إنى لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى على بعضه وهى تشتكى زوجها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهى تقول يا رسول الله : أكل شبابى ونثرت له بطنى حتى إذا كبرت سنى وانقطع ولدى ظاهر منى . اللهم إنى أشكو إليك. فما برحت حتى نزل جبرائيل بهؤلاء الآيات " **قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ** "[4]. ويرى هذا الفريق من الفقه الشرعى المعاصر أن الآيات التى نزلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم بشأن الظهار قد تم تطبيقها بأثر رجعى فى واقعة خولة بنت ثعلبة[5].

---

[1] الإمام / الكمال بن الهمام : **المرجع السابق** ، ص ٢٤٦ – ٢٤٨ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

[3] سورة المجادلة ، الآية رقم ١ .

[4] سورة المجادلة ، الآية رقم ١ .

[5] د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٢.

د / حسن خضر : **المرجع السابق** ، ص ٩٨ وما بعدها .

أى أن الفعل المكون لجريمة الظهار كما سلف البيان كان مباحاً وأضحى بالتشريع الجديد مجرماً وجرى تطبيقه على الحالة السابقة عليه زمانياً. وصحيح أن الفعل المذكور انتقل من دائرة الإباحة إلى دائرة التحريم. وصحيح كذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المظاهر بالكفارة. **بيد أن دائرة التحريم لا تتطابق حتماً مع دائرة التجريم. وكون الفعل المؤثم قد فرضت على اقترافه كفارة ما لا يعنى أنه انتقل حتما إلى دائرة التجريم. وقد غابت هذه الفكرة الجوهرية عن المقررين لهذا الرأى الذى نحن بصدد تفنيده.** فتحريم الشرع للظهار وتقريره الكفارة عليه يتماثل مع تحريم الحلف على غير الحقيقة سواء عمداً أو خطأً، وتقرير الشرع لكفارات الأيمان على بعض منها .

ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه رغم تقديرنا التام لمكانته، يميل إلى التضييق من حق ولى الأمر فى تحديد الأفعال المحرمة والمعاصى التى يفرض على إتيانها العقوبات التعزيرية .

ومن ثم فهو يقلص من فكرة عدم التطابق بين دائرتى التحريم والتجريم محبذا إنشاء عقوبة على كل معصية، ويبدو هذا الاتجاه فى أكثر من موضوع من موضوعات القسم العام للتشريع الجنائى الإسلامى. فبالإضافة إلى المسألة التى نحن بصددها نراه يرجح هذا الاتجاه كما يبدو من تعريفه المبدئى لجرائم التعزير لكى تشمل ارتكاب أى معصية[1]. ولا يخفى ما فى هذا الرأى من مقال من جهة الدليل الذى يستند عليه. وما فيه من محاذير من زاوية الآثار الخطيرة التى تترتب على اعتناقه عند تطبيق الشرع الحنيف. ويكفى أن أشير إلى رأى الإمام الشافعى وأدلته على أن التعازير حق لولى الأمر وليست واجباً عليه. وكذلك يلاحظ خطورة الأخذ بهذا الرأى من الناحية العملية وذلك لصعوبة التوفيق بينه وبين المحافظة على القواعد العامة فى الشريعة التى تعلى من شأن الحريات الخاصة فى أطر محددة ومنضبطة[2]. والله تعالى أعلى وأعلم .

ولكن يظل لهذا الفقه الفضل فى جمع وتصنيف أنواع التعازير من ثنايا المؤلفات الفقهية وعرضها بالأسلوب القانونى المعاصر سهل المأخذ ومنطقى التبويب، مما مكننا من المشاركة بالرأى وإبداء تلك الملاحظات. وأعتقد أن الموضوع يحتاج إلى بحث ودراسة مستفيضة لبيان المناسب لكل قطر إسلامى من بين آراء الفقهاء وقد يحتاج الأمر لأكثر من الترجيح بين الآراء الفقهية للمتقدمين ويتجاوز ذلك إلى الاجتهاد فى المسائل المستحدثة فى هذا الموضوع

---

[1] د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ١٢٨ .

[2] راجع هذه الأفكار بالتفصيل فى الباب الثالث من هذه الدراسة عند حديثنا عن فكرة الأنموذج القانونى للجريمة فى الشريعة الغراء .

الخصيب، والذى يعد بحق أحد المحاور الرئيسية فى أى تطبيق صحيح ومستنير للشريعة الإسلامية .

- **دار الإفتاء المصرية تخطط الخطة الشرعية الملائمة للتطبيق المعاصر للفكرة :**

وفى هذا الإطار صـــدرت عدة فتاوى من هذه الهيئة العريقة والتى تعاون محكمـة النقض فى الســير الحثيث والهـادئ فى ذات الآن بـالنظـام القـانونى والقضائى المصرى صوب التطبيق الكامل والمستنير للشريعة الغراء. من ذلك ما قررته من أن "مبدأ ســريان الحكم التشــريعى فى الشــريعة الإســلامية منذ إبلاغه من المشـرع وتقريره العمل بـه... ولا رجعية فى التشـريع الإسـلامى إلا بنص من الشارع .. وبمثل هذا المبدأ جرت القوانين الوضعية كمبدأ عام ..."[1].

---

[1] الفتوى رقم ١١٩٢ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ١٩ / ١١/ ١٩٨١ مجلد ٨ ص ٣٠٤٧ .

المبحث الرابع
أصل البراءة فى المسائل الجنائية
والنتائج المترتبة عليه فى مجال علم التفسير
"قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم"
ومدى إعمالها فى تفسير النصوص الجنائية

وفى هذا المبحث نتناول أصل البراءة فى المسائل الجنائية والنتائج المترتبة عليه فى مجال علم التفسير، وذلك من خلال البحث فى قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم، ومدى إعمالها فى تفسير النصوص الجنائية، فى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نعرض فيه لمعنى مبدأ تفسير الشك فى مصلحة المتهم، وإعمال القاعدة فى نطاق قانون الإجراءات الجنائية.

أما **المطلب الثانى** فنبحث فيه مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم والأثر الصحيح له، وذلك من خلال بيان الفارق بين الشك فى معنى النص واستحالة تفسيره. ونحاول تتبع الخطوات العملية التى يتبعها المفسر عندما يعرض له الشك فى تفسير نصوص قانون العقوبات.

أما **المطلب الثالث** والأخير فيتناول موضع مبدأ تفسير الشك فى مصلحة المتهم فى مجال النظرية العامة للتفسير، ونختم هذا المبحث برأينا فى هذه المسألة.

المطلب الأول

معنى مبدأ تفسير الشك فى مصلحة المتهم

(إعماله فى نطاق قانون الإجراءات الجنائية)

نص قانون الإجراءات الجنائية المصـــرى فى المادة ٢٠٤ على مبدأ "تفسير الشك لمصلحة المتهم"، والصحيح أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم فى هذه المادة، كما يذهب جمهور الفقهاء تتعلق بوقائع الدعوى، ولكنها لا تتعلق بالقانون الذى يحكم هذه الوقائع. فمجال عمل هذه القاعدة هو أدلة الإثبات، ومدى تيقن القاضـــى من ارتكاب المتهم للفعل المنســوب إليه، والذى يحاكم من أجله. فإذا ثار لدى القاضى شك فى ثبوت الواقعة أو فى ثبوت نسبتها إلى المتهم، فإنه يتعين عليه أن يقضى بالبراءة[1].

أما فى مجال تطبيق القانون على الوقائع الثابتة، فإنه لا يجوز التذرع أساساً للقضاء بالبراءة بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم، وإنما يترتب الحكم بالبراءة فى هذه الحالة، كما يرى جانب من الفقه، على قاعدة أخرى هى قاعدة وجوب إنذار المكلف قبل أخذه بالعقاب، وأن يكون هذا الإنذار فى لغة واضحة يفهمها المخاطبون بالقاعدة الجنائية[2]. ويترتب على هذه القاعدة أن من حق المخاطبون بالقاعدة الجنائية أن يكونوا على علم بما يأمر به القانون أو ينهى عنه.

والقضـــاء الأمريكى حافل بهذه القاعدة فى أحكامه، ورتب على عدم وضوح التكليف الذى يرد بالعقاب على مخالفته نص جنائى بطلان هذا النص. وقد أصبح من الأفكار الأساسية فى القانون الجنائى فى الولايات المتحدة فكرة بطلان النص لعدم وضـــوحه. وطبقاً لهذا الاتجاه فإنه يكفى لاعتبار النص واضـــحاً أن تكون ألفاظه ذات معانى مســـتقرة فى لغة القانون، ولو كان هذا

---

[1] - د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٩٥ .

- نقض ٢٢ يونية سنة ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٢٦ رقم ١٢٥ ص٥٨٨ .
- د/ عبد الرءوف مهدى : **شرح القواعد العامة لقانون العقوبات** ، منشأة المعارف ، ١٩٨٣ ، ص٩٧.
- د/ أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص١٨١ .
- الأستاذ / محمد وجدى عبد الصمد : العلاج النفسى فى القانون، **المجموعة الرسمية** ، سنة٦١، ص٩٠٤.
- نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٧٢ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٢٣ رقم ١٠٧ ص٤٨٣ .

[2] - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٩،١٠٠ .

المعنى مما يعسر على الفرد العادى غير الملم بالثقافة القانونية الإحاطة بها[1]. وإذ كان القانون متعلقاً بالمشتغلين بمهنة معينة كالأطباء أو الصيادلة أو التجار ، فيكفى أن تكون لغته مفهومة لدى المشتغلين بهذه المهنة.

ويرد جانباً من الفقه المصرى القاعدة السابقة إلى مبدأ أعم، وهو مبدأ الشرعية الذى يقتضى أن تكون النصوص الجنائية معلنة للكافة حتى يجوز للقضاء ترتيب أثارها عليها حين يقرر الإدانة ويقضى بالعقاب. وهكذا فإن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم ليس لها دور فى نطاق القانون الجنائى الموضوعى، حيث يقتصر نطاق إعمالها على قانون الإجراءات الجنائية[2].

- **مدى مراعاة محكمة النقض لأصل البراءة فى خطتها التفسيرية للنصوص الجنائية :**

تعبيراً عن الموقف المتوازن للمحكمة العليا والذى يضع أصل البراءة موضعه الصحيح عند تفسير النصوص الجنائية . قضت المحكمة الموقرة بأنه " لا يلحق البطلان الحكم القاضى ببراءة المتهم إذا مضى عليه الأجل المنصوص عليه بالمادة ٢٤ من قانون ... ولا وجه لقياس أحكام البراءة فى هذا الصدد على أحكام الإدانة ... "[3].

وفى المطلب التالى سوف نبين حدود سلطة القاضى فى اختيار التفسير الأصلح للمتهم فى حالة غموض النص أو قضائه بالبراءة .

---

[1] – د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٤٣٩ وما بعدها.

[2] – د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٩ ، ١٠٠ .

- د/ رفاعى سيد سعد : المرجع السابق ، ص ٤٣٩.
- د/ جلال ثروت : المرجع السابق ، ص٦٣.
- الأستاذ / محمد وجدى عبد الصمد : العلاج النفسى فى القانون ، المرجع السابق ، ص٩٠٣.

[3] – الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٦ س ٢٨ ص ٧٣٤ .

المطلب الثانى
مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم والأثر الصحيح له

الشك فى مجال التفسير هو أن يكون النص الجنائى غامضاً غموضاً شديداً بحيث يحتمل عدة معان، ولم يستطيع القاضى باستخدام الوسائل الفنية تحديد معنى واضح له، فى هذه الحالة يحمل كل معنى شكاً فى أنه المقصود من الشارع، وبالتالى يفسر النص لصالح المتهم ، أى يؤخذ بالمعنى الذى يحقق مصلحة المتهم[١].

ويذهب الفقيه الإنجليزى "بلاكستون" إلى أنه لا يمكن لأى محكمة أن تتجاهل إرادة الشارع، إذا كان معبراً عنها بطريقة واضحة بحيث لا تترك مجالا للشك[٢]. ويذهب القاضى "هارلان"، إلى أنه إذا كان، ثمة شك يمس صحة القانون يجب إزالة هذا الشك[٣].

- **التفرقة بين الشك فى معنى النص واستحالة تفسيره :**

تفسير التشريع يتمثل فى استخلاص معناه لتحديد نطاق تطبيقه، وعندما يكون التشريع الجنائى غامضاً بحيث يثور الشك حول معناه، فإن القاضى لا يعفى من التفسير، وإنما ينبغى أن يقدح زناد فكره، ويبذل أقصى ما فى وسعة للتوصل إلى المعنى الحقيقى للنص[٤]، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه فى حالة غموض النص، فإن ذلك الغموض لا يحول دون تفسيره على هدى ما يستخلص من قصد الشارع[٥].

---

١ - Marc Puech; op. Cit. P. ١٠٦.
- Jean Larguter; op. Cit p. ١٠.
- Traite de droit Penal et de Criminologie; T.l. p. ١٥١
- د/ جلال ثروت: **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص٦٢.
- الأستاذ / محمد وجدى عبد الصمد : **العلاج النفسى فى القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٩٠٣.

٢ Harrison – B. Gagan; "**Juge Createur de droit Aux Etats unis**"; op. cit .p. ١٥

٣ Ibid. p. ١٥

٤ – G. Stefani , G. Levasseur et B. Bouloc ; Droit penal general , op. Cit .p.١٦١.

٥ – نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٣٠ رقم ١٨٧ ص ٨٧٣ .
– نقض ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٨٠ **مجموعة أحكام النقض** س٣١ رقم ٢١٦ ص ١١١٨ .

أما إذا حدث على الرغم من الجهود المبذولة من القاضـــى أن الغموض أصـبح نهائياً، أى اسـتحال تفسـيره، فإنه لا يجوز للقاضــى أن يرفض الحكم، ولكنه يرفض الإدانة ، ذلك أن الشــك يجب أن يسـتفيد منه المتهم فى تفسـير النصوص كما يستفيد منه فى تقدير الوقائع .

Le doute doit profiter au prevenu , aussi bien dans l'interpretation des textes , que dans , l'appreciation des faits [١].

بيد أن البراءة المؤسسة على الشك، لا يمكن الأخذ بها، إلا إذا لجأ القاضى إلى جميع مصـادر الفن القانونى، ذلك أن وجود صـعوبة بسيطة فى التفسير لا يبرر الحكم بالبراءة[٢].

ويذهب رأى إلى أنه من الأفضـل حينما يتعذر على القاضــى الاهتداء إلى إرادة القانون باعتبارها الأســاس الذى يفسـر النص على مقتضــاه، فإنه يتعين على المفسـر أن يأخذ بالوجه الأفضـل للمتهم من بين المعانى التى يدور حولها النص[٣].

- **الأسلوب العملى لمواجهة الشك فى تفسير نصوص قانون العقوبات:**

سـبق القول أن الشـك فى التفسـير نصـوص قانون العقوبات يثور بصـدد النص الغامض، وأن هذا الغموض لا يحول دون اتخاذ جميع الوســـائل التى تؤدى إلى تحديد المصلحة التى يحميها القانون بتقريره ذلك النص، فإذا توصل المفسـر إلى تعيين قصـد الشــارع فعليه أن يأخذ به. يسـتوى فى ذلك أن يكون مضــمون النص لصــالح المتهم أم ضــده[٤]. على أنه إذا لم يتمكن المفســر من

---

١ Jean Pradel ;Droit penal ; op . Cit.p.٢٨٤.

- V. Cean, ll Avril ١٩٠٠ Sous Crim, ٥ Juillet ١٩٠٠. S., ١٩٠٣, ١, ٥٤٩; Crim ١٩ October ١٩٢١, s. Chr.

P. ٥٠٤.

٢ – Jean – Claude Soyer; op cit .p. ٧٦.

- Cass – Crim – ١٠ Novembre ١٩٥٩; B.C. no ٤٦٧ et Rev. sc. Crim. ١٩٦١ .p. ٣٣٧, observe legal.

- G. Stefani , G. Levasseur et B. Bouloc , op cit . p. ١٦٢.

– د/ جلال ثروت : **المرجع السابق** ، ص ٦٢ .

٣ – د/ عبد الرءوف مهدى : **شرح القواعد العامة لقانون العقوبات** ، منشأة المعارف ، ١٩٨٣ ، ص٩٧،٩٦.

٤ – د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٥ .

العثور على معنى محدد للنص، فإن عليه أن يقضى بالبراءة، ذلك أن الأصل فى الأفعال الإباحة، فإذا ما انتفى ما يخالف هذا الأصل وجب الإبقاء عليه[1].

ويرى بعض الفقه[2] أن الحكم بالبراءة هنا يستند إلى قاعدة وجوب إنذار المكلف قبل أخذه بالعقاب ، وأن يكون ذلك الإنذار فى لغة واضحة يفهمها المخاطبون بالقاعدة الجنائية، إذ أن من حق المخاطب بالقاعدة الجنائية أن يكون على علم بأوامر القانون ونواهيه ، ومن الأفكار الأساسية فى القانون الجنائى فى الولايات المتحدة فكرة بطلان النص لعدم وضوحه **(Void for vagueness doctrine).**

ويكفى لاعتبار النص واضحاً أن تكون ألفاظه ذات معانى مستقرة فى لغة القانون، ولا يقدح فى ذلك كون هذه المعانى يصعب على الفرد العادى الإحاطة بها، أما إذا كان التشريع خاص بمهمة، فيكفى أن تكون لغته مفهومه لدى المستغلين بهذه المهنة. وعلى ذلك لا يمكن القول بأن البراءة الناتجة عن استحالة تحديد معنى النص تستند إلى الشك، ذلك أن الأخذ بمبدأ تفسر الشك بصالح المتهم قد يؤدى إلى تحميل المتهم عبء جريمة أخف من جريمة أخرى، قد يثور الشك فى مدى انصراف قصد الشارع إليها[3].

- نقض ٢٢ يونيو سنة ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٢٦ رقم ١٢٥ ص ٥٨٨ .

[1] - د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٥ .

- د/ عبد الرءوف مهدى : **المرجع السابق** ، ص ٩٧ .

[2] - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٩-١٠٠ .

[3] - د/ أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، الطبعة السابعة ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٩٣، ص ١٦١ .

- الأستاذ / محمد وجدى عبد الصمد : **الاعتذار بالجهل بالقانون** ، ص ٩٠٤ .

المطلب الثالث

مبدأ تفسير الشك فى مصلحة المتهم

فى مجال النظرية العامة للتفسير

يسوغ جانب من الفقه هذه القاعدة بالقول بأن النص الغامض لا يفسر فى غير صـــالح المتهم، ويجعل هذه القاعدة ضـــمن قواعد المنهج اللغوى فى التفسير[١].

ويرى جانب آخر من الفقهاء أن الشـــك فى مجال التفســـير هو أن يكون النص الجنائى غامضاً غموضاً شديداً بحيث يحتمل عدة معانى. وفى هذه الحالة إذ لم يستطع القاضــى استخدام الوسائل الفنية لتحديد معنى واضـح له، فيعمل القاضى طبقاً للمبدأ الذى يقضى بأن تفسير النص الغامض يكون لصالح المتهم. ومن ثم فإنه يؤخذ بالمعنى الذى يحقق مصلحة المتهم، سواء كان ذلك بالرجوع إلى قواعد المنهج اللغوى أو قواعد المنهج المنطقى. وطبقاً لذلك الرأى يذهب الفقه الإنجليزى إلى أنه لا يمكن لأى محكمة أن تتجاهل إرادة الشـــارع إذا كان معبراً عنها بطريقة واضحة بحيث لا تترك مجالاً لشك، وإن كان ثمة ما يمس وضوح القانون فإنه يجب إزالة هذا الشك[٢].

وتفســـير التشـــريع يتمثل فى اســـتخلاص معناه فى تحديد نطاق تطبيقه، وعندما يكون التشـــريع الجنائى غامضـــاً بحيث يثور الشـــك حول معناه، فإن القاضــى لا يعفى من التفسير، وإنما ينبغى أن يقدح زناد فكره ويبذل أقصــى ما فى وســـعه للتوصـــل إلى المعنى الحقيقى للنص[٣]. وقد ذهبت محكمة النقض المصـــرية إلى أنه فى حالة غموض النص فإن ذلك الغموض لا يحول دون تفسيره على هدى ما يستخلص من قصد الشارع[٤].

أما إذا بقيت حالة الغموض التى تعترى النص على الرغم من الجهود المبذولة من القاضـــى، ســـواء طبقاً للمنهج اللغوى وقواعده أو بحثاً عن قصـــد الشـــارع وما يســـتتبعه ذلك من الأخذ بالمنهج المنطقى فى التفســـير، إذا حدث

---

١ - Marc Puech : op . cit p. ١٠٦

- Jean Larguier . op cit p. ١٠ traite de droit penal et de criminologie t.i. p. ١٥١

٢ - Harrisan J B. Gagan : le Juge Createur de droit aux Etats Unis . Op cit. p. ١٥

٣ G.Stefani, G Levess eur et b. Boulo Droit Penal General op cit p. ١٦١.

٤ – نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٣٠ رقم١٨٧ ص٨٧٣ .

– نقض ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٨٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٣١ رقم٢٢٦ ص١١١٨ .

واستحال تفسيره، فإنه لا يجوز للقاضى أن يرفض الحكم، ولكنه يرفض الإدانة . ذلك أن الشك فى هذه الحالة يجب أن يستفيد منه المتهم فى تفسير النصوص، مما مؤداه أنه سيقضى بالبراءة. وهذه البراءة مؤسسة على الشك، ولكنه ليس فى تقدير الوقائع كما هو الحال فى المبدأ المنصوص عليه فى قانون الإجراءات، إنما هو شك يعود إلى استحالة تفسير النص[1]. ولا تتوافر هذه الحالة إلا إذا لجأ القاضى إلى جميع مصادر الفتيا القانونية، فالصعوبة البسيطة فى التفسير لا تبرر الحكم بالبراءة .

ويرى جانب من الفقه إلى أنه من الأفضل حين يتعذر على القاضى الاهتداء إلى إرادة القانون ، باعتباره الأساس الذى يفسر النص على مقتضاه، أن يأخذ بالوجه الأفضل للمتهم من بين المعانى التى يدور حولها النص[2].

- **رأينا فى المسألة:**

إن الشك فى تفسير نصوص قانون العقوبات إنما يثور بصدد النص الغامض، ونحن فى مجال النظرية العامة للتفسير فإن هذا الغموض لا يحول دون اتخاذ جميع الوسائل التى تؤدى إلى تحديد معنى النص سواء فى ذلك قواعد المنهج اللغوى أو قواعد المنهج المنطقى وصولاً إلى تحديد المفسر وتعيينه لقصد الشارع، فعليه أن يأخذ به يستوى فى ذلك أن يكون مضمون النص لصالح المتهم أم ضده[3]. على أنه إذا كان الغموض قد بلغ حداً لم يتمكن معه المفسر من العثور على معنى محدد للنص، أى بلغ درجة استحالة تفسير النص فإن عليه أن يقضى بالبراءة. وتأسيس البراءة يقوم على أن الأصل فى الأفعال الإباحة ، فإذا ما انتفى ما يخالف هذا الأصل وجب الإبقاء عليه. وقد سبق وأن أشرنا فى بداية الحديث عن هذه المسألة إلى الرأى القائل بأن البراءة فى هذه الحالة ، حالة استحالة التفسير، تؤسس على قاعدة وجوب إنذار المكلف قبل أخذه بالعقاب .

---

[1] Jean Pradel : Droit Penal . op .cit p ٢٨١

- V Geen, ١١ Avril ١٩٠٠ Saus Grim ٥ Juillet ١٩٠٠, S, ١٩٠٣, ١, ٥٤٩ Crim ١٩ October ١٩٢١, S. CR P. ٥٠٤.

[2] د/ عبد الرؤوف مهدى : **المرجع السابق** ، ص٩٦،٩٧.

[3] د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٩٥ .

- نقض ٢٢ يونيو سنة ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٢٦ رقم ١٢٥ ص٥٨٨ .

فخلاصة ما يراه جانب من الفقه نؤيده أن البراءة فى حالة استحالة تفسير وتحديد معنى النص لا تستند إلى الشك الذى يعترى المفسر فى تحديد معنى النص بل فى أصل الإباحة. ومما يؤيد هذا الرأى أن الأخذ بمبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، إذا قلنا به فى هذا المجال يؤدى إلى تحميل المتهم فى بعض الحالات عبء جريمة أخف من جريمة أخرى قد يثور الشك فى مدى انصراف قصد الشارع إليها. ومن ثم كان الأرجح كما سلف وأن أوضحنا أن يستند حكم البراءة إلى أن الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة[1]. وإذ ما انتفى ما يخالف هذا الأصل وجب الإبقاء عليه، ويمكن تدعيم هذا الأصل أيضاً بقاعدة وجوب إنذار المكلف قبل أخذه بالعقاب .

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى أحكام كثيرة لها إلى أنه "إذا أورد الشارع مصطلحاً معيناً فى نص ما قاصداً به معنى معين، فإنه يجب صرفه إلى هذا المعنى فى كل نص أخر يرد فيه، وذلك توحيداً للغة القانونية، ومنعاً للبس فى فهمه والإبهام فى حكمه، وتحرياً لوضوح خطابه إلى الكافة"[2].

وذهبت كذلك إلى أنه "لا مجال للاجتهاد عند صراحة نص القانون الواجب تطبيقه. وأنه لا يجوز اللجوء إلى حكمة النص والتشريع المقارن، إذا كان ذلك يؤدى إلى مخالفة صريح نص القانون". كما قضت المحكمة العليا ذاتها بأنه "طبقاً للقواعد العامة متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنه يجب أن تعد تعبيراً صحيحاً صادقاً عن إرادة الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث على ذلك"[3]. وقضت محكمة النقض أيضاً بأن " النص الواضح الجلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه ، لا يجوز الخروج عليه أو تأويله "[4].

ومن ثم فالتفسير لازم وضرورى فى جميع الحالات، على أنه يمكن القول أن المقصود فى هذه الأحكام ليس الأخذ بنظرية النص الواضح، وإنما نرى أن

---

[1] – د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** .

[2] – نقض ١١ يناير ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١١ رقم ١٣٤٩ ص٢٥ .

- نقض ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ٨٩ ص١٦٩ .

[3] – نقض ١٥ مارس سنة ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١١ رقم ١٠٠٣ ص٢٤٢ .

- نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٧ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س١٨ رقم ٢٧٤ ص١٢٨٦ .
- نقض ٢٢ يونية سنة ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٢٦ رقم ١٢٣ ص٥٢٨.
- نقض ٩ مارس سنة ١٩٨١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٣٣ رقم ٣٦ ص٢٣١ .

[4] – الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٠.

محكمة النقض أرادت أن تقرر مبدأ تلتزم به، ومن ورائها كافة المحاكم التى تخضـــع لرقابتها، ومؤدى هذا المبدأ هو أنه فى حالة وضـــوح النص، بعد القيام بعملية التفسير طبعاً، لا يجوز استبعاد المعنى الحرفى لألفاظ النص تحت ستار الوقوف على فحواه، ومعنى ذلك أنـه يجب أن يكون للنص الواضـــح الـدلالـة الأولوية فى الإعمال المباشـــر دون البحث عن قصـــد الإرادة التشـــريعية، فلا ينصرف المفسر إلى معنى آخر لم يحدث التعبير عنه فى صريح عبارة النص .

إذ لا يصـــح أن نزعزع الثقة فى تشـــريع مكتوب بتفســـيرات تنحرف بالنصـوص عن معناها الذى وضـعت له، ولا شـك أن هذه القاعدة التى قررتها محكمة النقض وسارت عليها تمليها الأمانة العلمية بل وسلامة التفسير[١] . ويعبر الأصـــوليين، فيما نرى، عن المعنى الذى أوردنـاه فى أحكـام محكمـة النقض السـالفة الذكر بقولهم لا مسـاغ للاجتهاد فيما فيه نص صـريح قطعى، فطالما أن النص له دلاله صـــريحة على معناه، فلا يصـــح الاجتهاد أى التفســـير بحيث ينحرف عن المعنى الحقيقى للنص.

بناءً على ما تقدم فإن المحكمة الموقرة لا تتورع عن إعمال قواعد التفســير الصـــحيحة على النص الغامض ولو أدى ذلك إلى إزالة الغموض واســـتجلاء المعنى فى غير صـــالح المتهم. وفى ذلك اســـتقر قضـــاؤها على أنه: ".. إن الغموض لا يحول دون تفسير النص على هدى ما يستخلص من قصد المشرع ... وقد افصح عن هذا القصد بـــ .. وبالتالى يدخل تجزئة المواد إعدادها للبيع فى دائرة التجريم .."[٢].

ويمكننا أن نســـتخلص من أحكام محكمة النقض ســـالفة البيان قاعدتين قضـــائيتين يحددان نظرة المحكمة العليا لمســـألة مدى تأثير الشـــك فى معرفة معنى النص فى عملية التفسير :

القاعدة الأولى : أن الغموض يجب السعى فى أن يزال بكل طرق التفسير الصـــحيحة ما أمكن. والنوع الأول من الغموض هو الذى يعترى النص ويمكن أن يزال بالاجتهاد . وهذا النص الغامض لا يجب الأخذ فى تأويله بالأصـــلح

[١] Merle et Vitu, "**Traite de Drait Criminel**", ١٩٧٣, p٢٠٩.

وقد ذهب الأستاذ الدكتور / رمسيس بنهام إلى أن التفسير ضرورى ليس فقط بالنسبة للقانون المبهم ، وإنما أيضا بالنســبة للقانون الواضــح ، لأنه يجب عدم الوقوف عند المعنى الضــرورى للألفاظ ، وإنما يجب البحث عن معناها العميق . **النظرية العامة للقانون الجنائى ، المرجع السابق** ، ص٢٣٨ .

[٢] الطعن رقم ١٠١٥ لسـنة ٤٥ ق جلسـة ١٩٧٥/٦/٢٢ س ٢٦ ص ٥٥٨ . وقد تصـرفت فى ألفاظه تصـرفاً يسيراً لبيان المراد .

للمتهم كقاعدة مبدئية تحكم عمل المفسر، بل على المفسر قاضياً كان أو فقيهاً أن يتحرى التفسير الصحيح للنص والذى تمليه قواعد علم التفسير أياً كانت النتيجة المترتبة على هذا الإعمال، أى سواء أدى ذلك إلى تفسير فى صالح المتهم أو فى غير مصلحته. وأما الغموض الذى يستحيل إزالته باستعمال كافة وسائل الاجتهاد وأدوات التفسير فتسرى عليه القاعدة التالية.

القاعدة الثانية : إن الغموض الذى يستحيل إزالته ويمكن تقرير معنى ما منه، فإما أن يكون هذا المعنى الممكن استنباطه فى مصلحة المتهم فيجوز إعماله باعتباره استصحاباً على أصل البراءة. وأما إن كان المعنى الممكن استنباطه من هذا النص المعيب بعيب الغموض الشديد سيؤدى إلى نتيجة فى غير مصلحة المتهم فيجب طرحه وإخراجه من دائرة الإعمال، وهذا "الاستبعاد" للنص يستند كذلك لأصل البراءة الذى يجب تقديمه فى حالة الشك فى مجال التفسير المستغلق وقد أنتجتها الصياغة المعيبة والتى أورثت النص حالة الغموض الذى يستحيل إزالته بكافة وسائل التفسير[1].

---

[1] أنظر فى بداية هذا الباب تحريرنا لأنواع الغموض عند حديثنا عن نظرية النص الواضح وموقف محكمة النقض منها حيث يبدو الارتباط الوثيق بين المسألة التى نحن بصددها فى المتن وبين نظرية النص الواضح .

مبحث ختامى
الصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون الأخرى وأثرها فى مجال التفسير

ونعنى بالصـــلة فى هذا النطاق ما إذا كانت القاعدة الجنائية تحتل مراكز أســمى من بقية قواعد فروع القانون الأخرى، أم أن لها خاصــية وذاتية أم أنها تابعة[1].

فقد ذهب فريق أول الفقهاء إلى أن القاعدة الجنائية تســمو على غيرها من القواعد القانونية، ويدلل على ذلك بأن القاعدة الجنائية تتميز بشـــدة الجزاءات، إلا أن هذا الرأى يلقى نقدا من جمهور الفقهاء، إذ أن فروع القانون تســتوى فى كونها أركاناً للنظام القانونى فى المجتمع الذى يعمل على تحقيق الأهداف المرجوة، كما أن لا مجال للســـمو فى مجال البحث عن الحقيقة، وإذ كان ثمة قانون يحظى بالسمو بمدلول معين، فإن هذا القانون هو القانون الدستورى الذى يستفاد من طبيعة قواعده أنه جدير بهذا السمو[2].

ويذهب رأى ثانى فى الفقه إلى أن القاعدة الجنائية تتبع غيرها من القواعد القانونية ذلك أن هذه القاعدة تســتخدم الجزاء لحماية ما تقرره القواعد القانونية الأخرى[3].

ويقف الرأى الثالث موقفاً وســـطاً بين الرأيين، فيقرر أن القاعدة القانونية قاعدة تابعة لغيرها فى حدود معينة حينما يحمى القانون نظام يكون مســتمد من التشـريعات الأخرى، أو عندما يأخذ فكرة سـائدة فى غيره من التشـريعات غير الجنائية، فإنه يجب أن يقرر لها عين المدلول الذى يقرره لها فرعها القانونى الأصــيل، فيؤخذ على ســبيل المثال بالمعنى المقرر للملكية فى القانون المدنى، وهكذا فى باقى الأفكار والحقوق الأخرى[4]. ويسـتند هذا الرأى إلى ذات المنطق

---

[1] G.Stefani: "**Quelques Aspcts de Lautonomie du Droit Penal**", Paris ١٩٥٦, preface p.٢ et ٥.

[2] د/ محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات القسم العام ، **المرجع السابق** ، ص٦ .

- د/ جلال ثروت : **المرجع السابق** ، ص٣٢ .

[3] د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٧.

[4] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

د/ مأمون سلامة ، **قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٨ .

الذى يســتند إليه الرأى الســابق، إلا أنه طبقاً للرأى الراجح فى الفقه لا يمكن التسليم بالآراء السابقة على إطلاقها، وذلك للأسباب الآتية :

١- أن قانون العقوبات يســتأثر بتنظيم أمور لم ينظمها غيره من القوانين، مثال ذلك جرائم الاعتداء على الأشــخاص، وجرائم الســب والقذف، فليســت القاعدة الجنائية إذا فى مثل هذه المســائل تابعة لغيرها من القواعد القانونية فى الفروع الأخرى .

٢- إذا كان القانون الخاص فى القانون المدنى يهتم بالنتائج الضــارة فيقوم بالتعويض عنها، ففى قانون العقوبات لا يقتصــر على تجريم الأفعال التى ينتج عنها ضــرر بل أنه يجرم بعض الأفعال التى تعرض الحقوق للخطر كالشروع فى الجنايات وبعض الجنح .

٣- إن القاعدة فى قانون العقوبات أن التجريم يشــمل الأفعال التى تقع عمداً، أما ما يقع بســبب الإهمال أو عدم الاحتياط، فلا يتم تجريمه إلا على ســبيل الاســتثناء، وهذا طبعاً مخالفاً للقاعدة المضــطردة فى فروع القانون الأخرى[١].

٤- فى مجال المســئولية وتقدير العقاب نرى أن القانون الجنائى يضــع نصــب يعينه مدى إدراك الفاعل وتمييزه خطأه هذا، بالإضــافة إلى الأهمية التى تعلق على صــفة بعض الجرائم، أو وســيلة ارتكاب الجريمة فى جرائم أخرى، أو زمان ارتكابها، وهذا تفريد لا مثيل له فى نطاق القواعد غير الجنائية٢.

٥- أنه إذا أخذ القانون الجنائى أحد الأفكار المستقرة فى فرع قانون أخر، فإنه لا يعين له ذات المدلول فى الفرع الآخر بصــفة دائمة، فهو يوســع فى هذا المدلول أو يضــيق من نطاقه بما يتلاءم مع المصــلحة المراد حميتها، ويضرب الفقه مثالاً على ذلك فكرة الشيك، وفى جريمة إصدار شيك بدون يكون لها مدلول مختلف عن مدلولها المســتقر عليه فى القانون التجارى، فيستثنى من ذلك شرط استيفاء الشيك لأركان صحته على النحو المقرر فى القانون التجارى، ويكفى أن يكون للورقة التجارية مظهر الشيك فى القانون الجنائى[٣].

---

[١] د/ محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات القسم العام ، **المرجع السابق** ، ص٨.

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

[٣] نقض ٦ فبراير ١٩٦٢ **مجموعة أحكام النقض** س١٣ رقم ٢٣ ص١٢٤

cass . crim , : ll janvier ١٩٦٦ . bull, grim ,

٦- إذا كان دور القانون الجنائى يقتصـــر فى بعض الحالات على مجرد حماية أحد لحقوق أو المصــــالح التى يعترف بها فرع آخر دون أى تعديلا لمعنى الحق أو المصـــلحة، فإن هذا يدل على الحاجة إلى الجزاء الجنائى، وعدم كفاية الجزاءات غير الجنائية فى تحقيق الحماية المطلوبة، ولا يدل على تبعية القاعدة الجنائية كغيرها[1].

الباب الأول
الأحكام الخاصة بالتفسير القضائى

cass . crim , ١٧ fenrier ١٩٦٠ . bull . crim no ٥٤

[1] د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٨ .

يشتمل هذا الباب على :

- الفصل الأول : ماهية التفسير القضائى
- الفصـــل الثانى : أزمة العدالة الجنائية (بين وجوب الفصـــل فى الأقضـــية، ومدى صـــلاحية النصـــوص الجنائية للإعمال المباشر ، وشبهة الأثر الرجعى للتفسير القضائى الخلاق)
- الفصل الثالث : دور محكمة النقض والمحاكم الأخرى فى التفسير
- الفصل الرابع : القواعد الفقهية ومهمتها

الباب الأول

الأحكام الخاصة بالتفسير القضائى

إذا كان موضوع التفسير القضائى لم يفرد له بحث مستقل يتناول كافة جوانبه، كما سلف القول، فإن الحديث عن **دور التفسير القضائى** فى النظام القانونى بصفة عامة، والنظام القانونى الجنائى بصفة خاصة، لم يلق عناية الباحثين حتى فى ثنايا أبحاثهم ومؤلفاتهم الضخمة فى علم التفسير، اللهم إلا نزراً يسيراً فى بعض تلك المؤلفات[1].

---

[1] **يراجع بصدد التفسير القضائى ، المراجع التالية :**

- د / عبد الرازق السنهورى ود / أحمد أبو ستيت : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٢ .
- د / محمد كامل مرسى والأستاذ / سيد مصطفى : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٥ .
- د / عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٣ .
- د / على راشد ود / يسرى أنور على : **المرجع السابق** ، ص ١١٧ .
- أستاذنا د / محمود نجيب حسنى : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ .
- د / هشام القاسم : **المرجع السابق** ، ص ١٤٥ .
- د / جلال ثروت : **المرجع السابق** ، ص ٥٢ .
- د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٥٥ .
- د / عبد الفتاح خضر : **المرجع السابق** ، ص ٧٩.
- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ .
- د / عبود السراج : **التشريع الجزائى المقارن فى الفقه الإسلامى والقانون السورى** ، الجزء الأول، المبادئ العامة ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٩٧٦، ص ١٠٩ .
- د / سمير تناغو : **النظرية العامة للقانون** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية،١٩٧٤.ص ٧٤٢ .
- د / أنطوان قسيس : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٥ .
- د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٨ .
- د / هلالى عبد اللاه أحمد : شرح **قانون العقوبات ، القسم العام** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ ، ص ٤٩٦ .
- ومن المراجع الهامة فى الفقه الفرنسى والإنجليزى والتى أمكن الاستعانة بها فى إتمام هذا الجزء من الدراسة المراجع التالية :

- Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,
- Rosenfeld, Michel. Just Interpretations: Law between Ethics and Politics.
- Berkeley:University of California Press, ١٩٩٨.
- .Scalia, Antonin et al. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧.
- Marmor, Andrei. ***Interpretation and Legal Theory***. Oxford: Clarendon Press,١٩٩٢:
- Maclean, Ian. Interpretation and Meaning in the Renaissance: The Case of Law Cambridge: Cambridge U. P., ١٩٩٢: (Ali, Mohamed Yunis: p.٢٥١)

وقد خصصنا هذا الباب لبحث جوانب الموضوع مجتهدين فى بناء فصوله ومباحثه على ما قمنا بجمعه من مادته العلمية من نصوص القانون المصرى بصفة عامة وما ألفه الفقهاء شرحاً للنظرية العامة للقانون، وخاصة القانون الجنائى.

وقد ساعدنا عملنا القضائى فى إتمام هذا الجزء من البحث من خلال ما عايشنا من المشكلات العملية التى تتعدى أداء القاضى لوظيفته التفسيرية، إذا جاز لنا أن نقترح هذا الاصطلاح لأن عمل القاضى متعدد الجوانب، والوظيفة التفسيرية أحد هذه الجوانب.

فالجديد فى هذا البحث هو إفراد التفسير القضائى بتحليل خاص لأجزائه وخصائصه. ومن المعتاد فى تناول الفقهاء لهذا الموضوع أن يأتى ضمن أنواع التفاسير بالنظر إلى الجهة القائمة به فى بضع سطور أو بضع صفحات.

والتفسير القضائى للنصوص الوضعية على أسس ومبادئ مستمدة من أصول الفقه الشرعى هو محاولة لتدريب القاضى على طرق الاستنباط الشرعية، فهو تمهيد للتطبيق المستنير للشريعة الغراء. ومن ناحية أخرى تعد قواعد علم أصول الفقه المتعلقة بالتفسير تراثاً نفيساً تراكم عبر العصور، خاصة عصور النهضة الإسلامية التى طبقت فيها الشريعة تطبيقاً صحيحاً، وحرى بنا أن نستفيد منه ونحسن عرضه فى الأوساط القانونية العالمية كأحد أساليب الدعوة الراشدة إلى دين الله الواحد .

والتفسير القضائى بالصورة الجديدة التى نعرضه بها يفتح المجال لنا أو لغيرنا لإفراده بأبحاث معززة ومكملة لهذه الدراسة ليستكمل عناصر وجوانب نظريته العامة التى هو، أى التفسير القضائى، أهل لها وخليق بها.

- Gleave, R. and E. Kermeli. Eds. Islamic Law: Theory and Practice. London: I.B. Tauris, ١٩٩٧.

مبحث تمهيدى

تعـريف العـدالة

العدالة هى شعور غريزى يدفع إلى اختيار أفضل الحلول التى يمليها المنطق وتدعو إليها الحكمة، وكذلك أكثرها اتفاقاً مع الغرض من النظام القانونى[١]. والحكم القضائى العادل هو الذى يصل إلى تحقيق العدالة فى حالة خاصة، وذلك بتطبيقه القانون على واقعة معينة أو حالة مفردة بصورة تحقق المعنى السابق. ويبين من ذلك أنه لا توجد للعدالة قواعد ومعايير ثابتة وظاهرة، لأن ما هو عادل لا يظهر إلا عند النظر فى حالة خاصة ورسم الحل لها، عندئذ فقط يمكن وصف الحكم بأنه عادل أو غير عادل. فالعدالة تأبى بطبيعتها أن تكون حبيسة قاعدة مجردة، وذلك لأن العدالة تصطنع الحكم الذى يتناسب مع الوضع فعلا فى نطاق الحياة العملية[٢].

لذلك فإن العدل هو غاية الحكم وأساس الملك ، ومن أجل بلوغه تدور أفكار الفقهاء وعقول القضاة .

وفى هذا الإطار رسـمت محكمتنا العليا المفهوم المتوازن للعدالة لديها كما يبين لنا بصورة عامة فى قضائها المستقر من أنه "لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضـيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق"[٣].

---

[١] د / ماهر أبو العينين : **الانحراف التشريعى والرقابة على دستورية** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧، ص٣٨٣.

[٢] – د / عبد الناصر توفيق العطار : **نظرية القانون** ، ٢٠٠٠، ص٣١٧.

– د / عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٢٤٣ وما بعدها .

– د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٧ وما بعدها .

– د / حسـام الأهوانى : **القضـاء كمصـدر واقعى للقاعدة القانونية فى مصـر** ، مؤتمر حول بعض الجوانب القانونية المعاصرة فى مصر ، ١٣١٨ هـ ، ص٢٩١ وما بعدها.

– د / سمير كامل تناغو : **النظرية العامة للقانون** ، منشـأة المعارف ، الإسـكندرية ،١٩٧٤، ص١٥٧ وما بعدها.

[٣] الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ س ٤٠ ص ١٢٧٤.

فى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٢/١٩ س ٤٢ ص ٣٧٢.
- الطعن رقم ٨٢٨٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٣١ س ٤١ ص ٧٩٢.

- وعلى هدى ما تقدم يمكننا أن نقرر أن العدالة محصلة خطوات ونتاج أعمال كثيرة .
- عقد العدالة ذو حلقات متصلة تبدأ بالنص القانونى، وإجراءات الضبط، وطرق الإثبات ثم الحكم ثم التنفيذ .
- وحكم القاضى هو الحلقة الوسيطة فى عقد العدالة، ولكنها الحلقة ذات الثقل الأكبر والتأثير الأبلغ .
- الحكم القضائى نتاج فهم النص وفهم الواقع .
- إذا كان النص عادلاً، فالحكم العادل يتوقف على فهم صحيح للنص وللواقع.
- وإذا كان النص محل خلاف فى عدالته، فالابتعاد عن العدالة لا ينسب إلى حكم القاضى. أى أن مجافاة العدالة فى هذه الحالة لا يكون نتاج فهم خاطئ للنص أو الواقع، وإنما ينسب العيب إلى النص التشريعى. والقاضى يستعمل كل ما لديه من ملكات وأدوات أتاحها له القانون لكى يحمى النص القانونى من أن يوصف بعدم العدالة .

ولكن فى ظل الأنظمة القانونية الحديثة لم يعد من المتصور أن يصدر تشريع ظاهر الجور ومجافى للعدالة بشكل سافر . فالنص التشريعى الحديث فى منأى عن البحث فى مدى عدالته إلا فى حالات نادرة .

ولكن الاختلاف حول معناه هو الذى يفتح باب الحديث حول عدالته أو بمعنى أدق عدالة هذا التأويل أو ذاك[1].

- الطعن رقم ١١٢٢٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١١ س ٤١ ص ٥١٩.
- الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠ س ٣٩ ص ٩٣٠.
- الطعن رقم ٦٣٩١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٩ س ٣٧ ص ٤٢٨ .
- الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٤/١٠/٨ س ٣٥ ص ٦٣٢ .
- الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٩ س ٣١ ص ٧٣٧ .

[1] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥١ .
- د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩ .

فالتفســير من هذه الزاوية هو محاولة القاضـــى فهم النص للوصـــول إلى غايته ألا وهى العدل[1]. وبعبارة أخرى يمكن القول أن التفسير القضائى لنص ما يؤسس أحد شقى الحكم القضائى، ألا وهما فهم الواقع وفهم النص.

وقد عبرت محكمتنا العليا خير تعبير عن كل تلك الجوانب من عمل القاضى، فقالت "السلطة القضائية هى سلطة أصيلة تستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته الذى ناط بها وحدها أمر العدالة المستقلة عن باقى السلطات، ولها وحدها ولاية القضاء بما يكفل تحقيق العدالة وحق المواطن فى اللجوء إلى قاضيه الطبيعى"[2].

وجاء تعريف المحكمة الدستورية العليا للعدالة جامعاً للعناصر التى يمكن أن تكون منبئة عن عقيدة القضاء المصرى بصفة عامة حول مفهوم العدالة. ذلك المفهوم النابع من المبادئ الكلية للشريعة الغراء فى صورة مناسبة للعصر والمجتمع الذى نعيشه. وفى هذا قضت المحكمة الدستورية بأن "الدستور وإن قرن العدل بكثير من النصوص التى نضمنها كالمواد ٢٣ و٥٣ و٥٧، وخلا فى الوقت ذاته من كل تحديد لمعناه. **إلا أن مفهوم العدل – سواء بمبناه أو أبعاده – يتعين أن يكون محدداً من منظور اجتماعى، باعتبار أن العدل يتغيا التعبير عن تلك القيم الاجتماعية التى لا تنفصل الجماعة فى حركتها عنها، والتى تبلور مقاييسها فى شأن ما يعتبر حقاً لديها. فلا يكون العدل مفهوماً مطلقاً ثابتاً باطراد، بل مرناً ومتغيراً وفقاً لمعايير الضمير الاجتماعى ومستوياتها**، وهو بذلك لا يعدو أن يكون نهجاً متواصلاً منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وازناً بالقسط تلك الأعباء التى يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً، بل تطبيقها فيما بينهم إنصافاً، وإلا صار القانون منهياً للتوافق فى مجال تنفيذه وغدا إلغاؤه لازماً[3].

وذلك المفهوم المتسع للعدالة فى هذا المقام، أعنى مقام القضاء، أمر ضرورى لأنه حيث لا ترسم للقاضى فى نصوص القانون المكتوب حدود يستبين بها طريقه فى قيامه بتبعات وظيفته السامية، فمن الواجب أن نذكره بتلك الحدود فى القانون الأسمى الغير مكتوب، وأى حدود غير العدالة والحرية ؟!

---

[1]- Dias, R.M.W., Jurisprudence, ٤th ed., Butter worth, London, ١٩٧٦.

- Allen Sir C.K., Law in the Making, ٧th ed., Oxford U.P., London, ١٩٧٥.
- Pound, Rosco, An Introduction to the Philosophy of Law, Yale U.P, ١٩٧٤ (lst pub ١٢٢), p.٤٨ff.

[2] الطعون أرقام ٦٧٧٣ ، ٦٩٦٨ ، ٦٩٩٣ لسنة ٦٣ ق ، جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢.

[3] الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق دستورية عليا جلسة ١٩٩٧/٢/١ .

ويعتقد البعض أن المحامى، هو وحده الذى يستطيع أن يعكس للقاضى رد الفعل الذى أحدثه قضاؤه. وأن يوضح له مستعيناً فى ذلك بأصول الفن القانونى، الحدود التى التزمها أو كان يتعين عليه التزامها. وهل هناك حد للقضاء ينشده ويلتزمه فى ذات الآن غير "العدل"، وإن تعددت تسمياته وتنوعت ضوابطه[1].

ولا يتسع هذا البحث لتحديد مضمون "العدالة" أو بيان مفهوماتها فى مجالات القانون كلها عامها وخاصها، كما أنه لا يتسع لعرض النظريات الفلسفية المختلفة فيما بينها اختلافاً كبيراً فى تحديد معناه ومضمونه .

وهذا التباين فى الآراء والأفكار مرده اختلاف الزاوية التى ينظر إلى العدالة من جهتها. فهى تارة زاوية الحرية وحقوق الجماعة. وهى تارة أخرى الزاوية المثالية التى تعتبر العدالة أمراً ثابتاً لا يقبل التغيير. وهى تارة ثالثة زاوية التطور التاريخى التى تعتبر العدالة أمراً نسبياً يتصل بقيم الجماعة المتطورة.

وإذا كان التعريف بالعدالة أو تحديد مضمونها يختلف باختلاف المذاهب القانونية والسياسية والاجتماعية المتعددة ، فهل يجوز أن يقال إن "العدالة" تصلح أساساً لرقابة قضائية أو ضابطاً من ضوابطها وهى فى ذاتها تستعصى على التحديد المتفق عليه ؟[2].

الواقع أن "العدالة"، شأنها شأن معان كثيرة فى عالم القانون، أمر يحس أكثر مما يوصف ، وتفاوت الناس فيما بينهم فى تقديره، لا يمكن أن يعنى طرحه كمعيار إذا كان فى الإمكان الاتفاق على بعض عناصره، ولذلك فإنه لا مفر من القيام بهذا التحديد فى كافة فروع القانون بصفة عامة، وفى محيط القانون الجنائى بالذات. وتبرز العدالة فى هذا المجال لحل الصراع وإزالة التناقض بين المصالح المختلفة والمتعارضة، "العدالة بين المجتمع والمجنى عليهم من ناحية والمتهمين من ناحية أخرى"[3].

---

[1] د/ محمد عصفور : **مذاهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع** ، ١٩٥٧، ص ١٥٩.

- د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٣ وما بعدها .

[2] د / محمد عصفور : **مذاهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع** ، ١٩٥٧، ص ١٦٠.

[3] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٥.

الفصل الأول

ماهية التفسير القضائى

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للتفسير القضائى الجنائى

المطلب الأول

السمات الفريدة لوظيفة القضاء الجنائى

الأصل الذى يجب ذكره فى هذه المثابة أن القضاء الجنائى يختص قانوناً بالفصل فى جميع الوقائع التى تثار أمامه وتنطوى على جرائم أو شبهة وجود جرائم إلا ما استثنى منها بنص خاص، وذلك طبقاً لنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية. واستكمالاً للإحاطة بوظيفة القاضى الجنائى كما ترسمها نصوص التشريع ، فإنه يختص بالفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية المرفوعة أمامه ما لم ينص القانون[1] على خلاف ذلك تطبيقاً لنص المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية[2].

وبناءً على ما سبق نجد أن القاضى الجنائى كما هو قاضى الدعوى الجنائية أصبح أيضاً قاضى الدفع، وتتمثل تلك الدفوع أو ما يسمى بالمسائل الفرعية أو المسائل العارضة بكل ما يتوقف نظر الدعوى الجنائية على الفصل فيه من مسائل. ومما يوسع دائرة تلك أنها تندرج فيها المسائل الدستورية المتعلقة بشرعية نص جنائى ينطبق على الدعوى التى ينظرها القاضى الجنائى، ويتوقف على البت فيها الحكم فى الدعوى الجنائية، بيد أن سلطته تقف فى هذه الحالة عند الحد الذى رسمه القانون.

أردنا بهذا العرض تبيان جانب من جوانب الخطورة، والمعاناة فى نفس الوقت التى يعيشها القاضى الجنائى حين يقوم بتفسير النصوص وصولاً إلى التطبيق الصحيح لها على الواقعة المطروحة عليه، وهو ما يوضح أهمية التفسير القضائى وآثاره الهامة، وهو ما سنعود لتناوله بالتفصيل، ولكن من زوايا أخرى فى الموضع المناسب من هذه الدراسة .

---

[1] مثلاً القاضى لا يتعرض لشرعية النص .

[2] -د / محمد محمد منصور : **وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية**، ص ٤٥٩ .

- د / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ١٤ ، ١٥ .

إن القاضى فى محاولته الدائمة والدائبة على أن يكون مثالاً فى احترام القانون، وذلك بالاستناد المستمر إلى نص تشريعى يكون مصدراً لسلطانه وصلاح حجتـه، ثم يكون أداة له فى أداء مهمته، ومن قبل هذا وذاك، نص يعينه على تفهم دوره فى النظام القانونى الممثل للدولة والمجتمع. ودور القاضى يعنى كذلك موقعه فى ذلك النظام، وعلاقته بالسلطات الأخرى. ذلك أن علاقة القاضى بالنص التشريعى تحتاج إلى تحليل مستفيض لأن القاضى يشعر، عن حق، أنه مركز ذلك النظام ومداره، وأن حسن قيامه واضطلاعه بواجبات هذا الدور هو المعين للسلطات الأخرى على حسن أدائها لواجباتها بل وهو السبب الخفى الكامن خلف إصلاحها وتوجيهها إلى تحسين أدائها[1]. هذا الدور المنوط بالقاضى قانوناً، وهذا الشعور الصادق الذى يتملكه، ويكون خلف معاناته فى بعض الأحيان، يجعله وهو بصدد الفصل فى الوقائع المعروضة بين مخافتين أو اهتمامين:

الاهتمام الأول حاصله شعوره بضرورة التزامه وتقيده بالنص كما صدر عن السلطة التشريعية .

والاهتمام الثانى الذى يشغله هو تحقيق العدل بصورة واقعية قابلة للتنفيذ بمعرفة الخصوم بجهات التنفيذ ومشكلات ما بعد التنفيذ، ويحاول إيجاد صيغة مثلى، من خلال حكمه، بعلمه القانونى وببصيرته، بما يحقق القدر الأكبر من مقتضيات هذين الاهتمامين.

[1] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ وما بعدها .

المطلب الثانى
ماهية المنطق القضائى

إن الفقه الجنائى والقانونى بصفة عامة قد توافر بالبحث والتحليل والضبط والتدقيق على بيان المنطق القانونى الذى يجب أن يحكم عمل القاضى **عند نظر الواقعة،** وينساب بعد ذلك فى صورة الأسباب والحيثيات التى يبنى عليها القضاء أحكامه. وأما المنطق القضائى بجوانبه المتعددة فكان الاهتمام ببيانه ووضع ضوابطه أقل، وما زال فى حاجة إلى دراسات متعمقة. وسنحاول إلقاء الضوء على هذا المنطق القضائى بصورة تناسب هذه الدراسة وما ترمى إليه.

- **التمييز بين المنطق القضائى والمنطق القانونى المجرد :**

لكى نتعرف على ماهية المنطق القضائى يجب التمييز بينه وبين المنطق القانونى المجرد: ويتميز المنطق القضائى عن المنطق القانونى المجرد فى ثلاث نقاط هى موضوعه ومجاله وطبيعته ، وذلك على النحو التالى:

١- من حيث الموضوع :

يبحث المنطق القانونى المجرد فى نشأة القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها بطريقة نظرية مجردة. أما المنطق القضائى فإنه يبحث فى تفسير القاعدة القانونية وتطبيقها بواسطة القاضى بمناسبة الفصل فى الدعوى المطروحة عليه، ومن ثم فإن المنطق القضائى يتخذ طابعاً عملياً قضائياً بحتاً، وهو يعمل على صياغة حكم القضاء فى حالة محددة بخلاف المنطق القانونى فإنه يعمل على صياغة حكم القانون بصورة عامة مجردة[١].

٢- من حيث مجاله :

المنطق القانونى يقتصر على بحث ما يتصل بالقانون وحده. بخلاف المنطق القضائى فإنه يتصل ببحث ما يتعلق بالقانون والواقع معاً. فالحل القانونى لا بد

---

[١] د / أحمد فتحى سرور : **سيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، الجزء الثالث ، ص ١٩٠ .

أن يتلائم مع وضع واقعى محدد. فعمل القاضى ليس فقط تطبيقاً مجرداً للقانون بل هو عمل مركب من الواقع والقانون. ومن ثم فإن مجال المنطق القضائى يتسع لكل من الواقع والقانون معاً بخلاف المنطق القانونى فإنه يتناول البحث فى القانون وحده.

فالقاضى الجنائى يجب عليه ألا يطبق قانون العقوبات بصورة عامة مجردة. وإنما يجسد حكم القانون على حالة واقعية محددة يلتزم فيها بمراعاة شخصية المتهم ضماناً لتحقيق الهدف من الجزاء الجنائى. وهذا التقدير للجزاء الجنائى يحتاج إلى منطق قضائى معين ضماناً لفاعليته[1].

٣- من حيث طبيعته :

يتميز المنطق القضائى بالطبيعة الإجرائية العملية أما المنطق القانونى فإنه يتميز بالطبيعة النظرية الساكنة، ومن ثم فإن المنطق القضائى يتقيد بالإجراءات التى تقيد سلطة الحكم ويتأثر بالنظام الإجرائى. ففى الدعوى الجنائية يتعين احترام مبدأ مباشرة الإجراءات فى حضور الخصوم وشفوية المرافعة، وضمانات الحرية الشخصية وخاصة ضمانات الدفاع. وتؤثر هذه المبادئ فى إعطاء الصورة الحقيقة لواقع الدعوى فى تحديد كلمة القانون النهائية المنطبقة على الواقع. فالنيابة والمتهم، كل منهما يترسم طريقة القانونى وفقاً للوقائع التى تثبت لديهما والقاضى الجنائى يحدد طريقة وفقاً للوقائع التى تثبت لديه يقيناً ويتأثر بالأدلة المطروحة عليه ويطبق حكم القانون فى حدود الإجراءات المرسومة له قانوناً .

فلا يجوز مثلاً للمحكمة أن تسوئ مركز المعارض أو المستأنف وحده، ولا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تقضى بتسوئ مركز المتهم إلا بإجماع الآراء. كل هذه القيود الإجرائية وغيرها قد تقف حائلاً دون تقدير الحل القانونى الذى ينتهى عالم القانون فى محرابه الهادئ الوقور .

- **نوعا المنطق القضائى :**

مما سبق يتضح لنا أن المنطق القضائى يتميز عن المنطق القانونى المجرد باتصاله بالواقع والقانون معاً . فالقاضى الجنائى يباشر مهمتين من الناحية الإجرائية العملية .

الأولى : مهمة موضوعية تتعلق بإثبات وقائع الدعوى .

---

[1] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٠.

الثانية : مهمة قانونية تتصل بتحديد القاعدة القانونية الجنائية الواجبة التطبيق (معناها). والتكيف القانونى للواقعة. واستنباط الحلالقانونى السليم بما فى ذلك اختيار الجزاء الجنائى . والقاضى يباشر هاتين المهمتين بمنطق معين يهدى تفكيره. وبقدر ازدواج مهمة القاضى فى الحكم فى الدعوى يتحدد المنطق القضائى. ولهذا المنطق نوعان :

أولاً : المنطق القضائى المتعلق بالواقع :

ماهيته: لا شك فى السلطة المطلقة للمحكمة فى تقدير الواقع، ولكن ممارسة هذه السلطة لا يمكن أن تخرج عن العقل والمنطق السليم وإلا أصبحت ضرباً من ضروب التحكم الذى يتناقض مع وظيفة القضاء، فإذا كانت المحكمة حرة فى اقتناعها وغير ملزمة ببيان علة اقتناعها، فإنها مقيدة بأن يكون اقتناعها وليد المنطق، وأن تبين فى أسباب حكمها ما يشير إلى توافر هذا المنطق.

والقاضى يبنى اقتناعه على عملية عقلية تقوم على الاستقراء والاستنباط ينتهى فى ختامها إلى نتيجة معينة .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ضرورة قيام اقتناع المحكمة على هذا المنطق. ونجد ذلك واضحاً فى كثير من عباراتها ، فهى تتحدث فى بعض الأحكام عن سلطة المحكمة فى (استخلاص الدليل بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية[1]، وأنه يكفى أن تكون شهادة الشهود مؤدية إلى الحقيقة باستنتاج سائغ تجريه المحكمة)، ومن حق المحكمة فى استنباط الحقيقة بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية طالما اتفق ذلك مع العقل والمنطق[2].

وقد أوضحت كذلك فى أحد أحكامها أن (القاضى غير مطالب إلا بأن يبين فى حكمه العناصر التى استمد منها رأيه والأسانيد التى بنى عليها قضائه، وذلك فقط للتحقق مما إذا كان ما اعتمد عليه من شأنه أن يؤدى عقلاً إلى النتيجة التى خلص هو إليها[3].

---

[1] نقض ١٩٧٦/١٢/١٩ **مجموعة الأحكام** س ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٩٥٢.

[2] نقض ١٩٧٦/١٠/١٧ **مجموعة الأحكام** س ٢٧ رقم ٢، ٤١، ١١٧، ١٢١، ١٦٨، ص ١٧، ٥١، ٢٠١، ٥٤٦، ٧٣٨.

[3] – نقض ٢ /١٢/ ١٩٧٦ **مجموعة الأحكام** س ٢٧ رقم ١، ١٣ ، ٢٣ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٢١٧ ص ٩ ، ٦٦، ١٠٥ ، ٢٠١ ، ٢٣٨ ، ٩٦٠ .

- **عناصر الاستدلال المنطقى :**

وكل هذه الأحكام تؤكد ضرورة اقتناع القاضى بناء على المنطق، وأن هذا المنطق يقوم على الاستقراء والاستنباط. وواقع الأمر أن الاستقراء والاستنباط يفترض توافر حوار جدلى بين القاضى والخصوم لإثبات الأدلة المطروحة عليه وبعدها تبدأ عملية الاستقراء القائمة على ملاحظة الوقائع الجزئية التى قام الدليل على توافرها، ثم يستنبط القاضى من هذه الوقائع نتيجة معينة، وهكذا يتضح لنا أن المنطق القضائى المتعلق بالواقع يقوم على ثلاث أنواع من الاستدلال[١]:

١- الاستدلال الجدلى للاقتناع بالأدلة.

٢- الاستدلال الاستقرائى لملاحظة الوقائع الجزئية التى تشهد عليها أدلة الدعوى، فيجب على القاضى أن يبدأ أولاً بجمع ملاحظاته المختلفة على الوقائع الجزئية التى تسفر عنها الأدلة، وأن يشرع فى تصنيفها على نحو تبرز معه صفاتها المشتركة أو نقاط الخلاف فيها.

٣- الاستدلال الاستنباطى للوصول إلى نتيجة معينة فى ضوء الوقائع الجزئية التى استقرأها. فيلاحظ أن الاستدلال الجدلى لا يقدم اقتناعاً نهائياً بالأدلة المطروحة على القاضى بل هو يقدم فرضاً قابلاً لإثبات العكس على ضوء ما يسفر عنه الاستقراء والاستنباط بل يقدم فرضاً قابلاً لإثبات العكس على ضوء ما يسفر عنه الاستقراء والاستنباط بعد ذلك. فالاستدلال الجدلى يقوم على دراسة جميع الأدلة التى تؤيد أو تنفى ادعاء معيناً، على نحو يسمح له بإصدار حكم يؤيد فيه هذا الادعاء أو يدحضه فهو على خلاف المنطق الصورى لا يعتمد على تفكير مجرد، وإنما يقوم على أساس المجادلة ثم الاختيار بناء على اقتناع وهذا هو المنطق الجدلى **Logiqe Dialecticue**[٢].

ويفترض هذا المنطق ألا يبدأ القاضى بالمسلمات والمبادئ بل إنه يستخدم الأدلة التى تنتهى به إلى فروض أو مبادئ معينة لكى يستدل منها على الحقيقة. فالأدلة الإقناعية أو لا ثم يعقبها الاستدلال على الحقيقة. ولا يجوز للقاضى أن يبدأ

– نقض ٢ /١/ ١٩٧٨ س ٢٩ رقم ٣ ص ٢٤

[١] – د / أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١٩٣ .

[٢] – د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٣.

– د / أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١٩٤ .

الاستدلال على الحقيقة ابتداء من فروض معينة ما لم يقتنع أولاً بصحة هذه الفروض بناء على أدلة إقناعية.

والأدلة التى يستعرضها القاضى ويخاطب بها ضميره ووجدانه تهدف إلى إقناعه فى إطار نفسى بحت ذلك على ضوء ما يستقر فى ضمير القاضى من اقتناع لفروض معينة على ضوء هذه الأدلة تبدأ عملية عقلية هادئة هى الاستقراء والاستنباط من هذه الفروض على معرفة الحقيقة التى يتوخاها القاضى.

ويكون الاستدلال والاستقراء والاستنباط صحيحاً أو خاطئاً بقدر ما يكون متفقاً مع الفروض التى اقتنع بها القاضى. ويكون اقتناع القاضى بهذه الفروض فى ضوء الأدلة التى تجمعت لديه ومدى مشروعيتها .

- **أهمية الاستدلال المنطقى (التحليل والتركيب)[1]:**

إذا رجعنا إلى ما يقرره علم النفس لوجدنا أن أبسط عملية نفسية وهى الحكم على الأمور تتضمن التحليل والتركيب على علم واحد. فالمحكمة تلجأ عند استقراء الأدلة للتحقق من صدقها ثم استقراء العناصر الواقية واستنباط الصورة النهائية لواقعية الدعوى إلى عمليتين هامتين هما : التحليل والتركيب. وهما عنصران أساسيان فى النشاط الفكرى مهما كانت طبيعته. فالقاضى يكون لنفسه أولاً فكرة عامة عن إحدى الوقائع المدعاة مثلاً ليعرف أجزائها ودور كل جزء منها وللتأكد من دقة هذا التحليل عليه أن يؤلف من جديد هذه الأجزاء المتفرقة. فإذا نجح فى تركيب الواقعة المدعاة من جديد أصبحت فكرته عنها غاية الوضوح، مما يورث لديه الاقتناع بها. أما إذا لم ينجح فى تركيب هذه الواقعة التى حللها من قبل وأسفر تأليف الأجزاء التى حللها من هذه الواقعة إلى اهتزاز الفكرة المدعاة عن هذه الواقعة مما يؤدى إلى عدم اقتناعه بها.

والتحليل عملية عقلية فى جوهرها تتم بمعرفة العناصر الأساسية فى الواقعة وتمييزها عن العناصر القانونية، وهو لا يؤتى ثمرته إلا إذا صحبته عملية عقلية أخرى وهى المقارنة التى ترشده إلى أوجه الشبه أو الخلاف بين مجموع الأدلة أو العناصر الواقعية التى يحللها. وهى مقارنة ضرورية فى ربط المعلومات وتوضيحها وتصحيحها.

---

[1] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٥.

أما التركيب (التأصيل) فهو عملية عقلية يستعين بها المرء للتأكد من صحة النتائج التى انتهى إليها التحليل لأنه حلل الواقعية المدعاة إلى عناصرها الأساسية ثم أعاد تأليفها من جديد، فسوف نرى ما إذا كان التأليف (التركيب أو التأصيل) بينهما مؤدياً إلى نفس المركب الكلى الذى سبق تحليله أم لا[1].

ويتم الاستنباط من خلال التأليف بين مختلف العناصر الواقعية التى تثبت لدى المحكمة لكى تؤدى إلى مركب كلى هو الواقعة النهائية التى اتسمت فى ذهن المحكمة.

ثانياً : المنطق القضائى المتعلق بالقانون :

ينصرف هذا المنطق القضائى إلى التكييف القانونى للواقعة التى تثبت لدى القاضى ، وإلى الحل القانونى الذى ينتهى إليه بعد ذلك (الحكم القضائى) اختيار الجزاء الجنائى، أما تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، فإنها المقدمة الأولى للاستدلال المنطقى، ويجب أن تتم وفقاً للمنهج القانونى فى تفسير القانون وهو الذى يبنى على مضمون القاعدة القانونية (أو المصلحة المحمية) لا إطارها الشكلى (النص) توصلاً إلى معرفة إرادة المشرع بصورة متطورة متجددة تتكيف مع ظروف المجتمع، وقد كشفت الدراسات التى أجريت فى مجال المنطق القضائى المتعلق بالقانون عن وجود أسلوبين أساسيين هما:

١ـ الاستدلال القياسى :

أخذ الفقه الألمانى بهذا الاستدلال منذ نهاية القرن التاسع عشر ثم انتقل بعد ذلك إلى الفقهين الإيطالى والفرنسى، وبمقتضى هذا الاستدلال فإن الحكم يتكون من ثلاثة أجزاء:

ـ **مقدمة كبرى:** هى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

ـ **مقدمة صغرى:** هى الواقعة المحددة، ثم النتيجة، وهى تتحدد باستنباط العلاقة بين المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى[2]. فمثلاُ الحكم الصادر بإدانة

---

[1] عبر ديكارت عن طريقة التركيب العقلى بقوله : " يجب أن أقود أفكارى مبتدأ من أبسط الموضوعات وأقربها إلى الفهم لكى أصعد منها شيئاً فشيئاً على ما يشبه الدرج حتى انتهى إلى معرفة الموضوعات الأشد تركيباً .

[2] محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٥

موظف عام بتزوير محرر رسمى طبقاً للمادة ٢١٣ عقوبات يتكون من العناصر الآتية :

أ - القاعدة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٢١٣ عقوبات مصرى.

ب- ثبوت أن المتهم حالة كونه موظفاً عاماً قد زور محرراً رسمياً.

ج - استنباط أن المتهم قد ارتكب الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢١٣ عقوبات وإنزال العقاب المنصوص عليه فى هذه المادة .

فقد لوحظ أن هذا الاستدلال المنطقى ليس بسيطاً بل هو استدلال مركب. وذلك أن المنطق القضائى فى إدارة الحكم لا يستعين بالاستدلال قياسى واحد وإنما يستعين بسلسلة من الاستدلالات القياسية للوصول إلى الاستدلال القياسى النهائى.

٢- الاستدلال الرياضى :

الاستدلال الرياضى من ناحية لا يظل حبيس تعريفات بل يستطيع اختراع بعض التعاريف فيصل بها إلى نتائج محددة، ومن ناحية أخرى هذه التعريفات نسبية قابلة للتحوير والتبديل حتى لا تكون عقبة فى سبيل التفكير بدلاً من أن تكون عوناً للمفكر الرياضى فى الكشف عن العلاقات الرياضية. وفى هذا الشأن يتميز المنطق القضائى فى أن القاضى لا يملك حرية تغيير التعريفات التى يختارها لأنه لا يملك تغيير النظام القانونى المكلف بتطبيقه. وكل ما يملكه هو تأويل القانون لا تغييره .

ويتضح مما سبق أن المنطق القضائى لا يتناسب مع المنطق الرياضى، لاختلاف طبيعته فهو لا يمكن أن يقوم على تعريفات يختاره القاضى بطريقة تحكمية. كما لا يمكن للقاضى أن يغير أو يحور فى التعريفات القانونية، وكل ما يملكه هو تأويلها فى إطار النظام القانونى الذى يطبقه.

والخلاصة التى نود التأكيد عليها أن الاستدلال القياسى هو أداة المنطق القضائى المتعلق بالقانون. وهو ما يفترض تحديد المقدمة الكبرى (القاعدة القانونية) بواسطة المنهج القانونى، وتحديد جانب الوقائع فى المقدمة الصغرى بواسطة المنهج القانونى، وتحديد جانب الوقائع فى المقدمة الصغرى بواسطة الاستدلال الجدلى والاستقرائى والاستنباطى. ثم تحديد التكييف القانونى، والنتيجة فى ضوء الاستدلال القياسى ويلاحظ أن نجاح هذا المنطق يرتبط ارتباطاً وثيقاً

بتحديد مقدمته الكبرى أى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وفقاً للمنهج القانونى السليم[1].

وجدير بالذكر أن مراقبة محكمة النقض لاستدلال محكمة الموضوع وسلامة استنباطها ليس تدخلاً فى الموضوع ذلك أن القواعد المعيارية التى يتحقق بها المنطق القضائى فى مرحلتى التفسير والتطبيق يكون مع قواعد القانون كلاً لا يتجزأ ولا ينفصم، ولا يمكن تحقيق الهدف من القانون إذ لم يجر تفسيره وتطبيقه فى منطق قضائى سليم من حيث الواقع والقانون معاً.

أما نظام الاقتناع الذاتى، فهو ذلك النظام الذى يقدر فيه القاضى الأدلة بحرية، ولا يملى عليه المشرع أى حجية معينة لإعمالها، وعلى القاضى أن يبحث عن الأدلة الملزمة، ثم يقدرها فى حرية تامة. على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل . فاقتناع القضاة يجب أن يخضع دائماً من هذا، ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية القاضى فى أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصوراته الشخصية مهما كانت وجاهتها[2].

وبناءً على ما تقدم ، فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم. فالتثبت الحر يعنى أن القاضى حر فى تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير مراعاة واجبه القضائى وليس معناه أن يقضى بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه.

وبهذا النظام أخذ القانون المصرى، فنص فى المادة ٣٠٢ إجراءات على أن "يحكم القاضى فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكاملة الحرية". وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض ، فقالت بأن لمحكمة الموضوع "أن تستخلص صورة الواقعة كما ارتسمت فى وجدانها بطريق الاستنتاج والاستقراء، وكافة الممكنات العقلية ما دام ذلك سليماً متفقاً مع حكم العقل والمنطق"[3].

---

[1] د/ حامد فهمى، د/ محمد حامد فهمى : **النقض فى المواد المدنية والتجارية** ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٣ ، ص ٤٥ .

[2] **-**محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٨ .

د / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ١٤ ، ١٥.

[3] – **قضاء مستقر لمحكمة النقض انظر مثالاً له فى :**

- نقض ١٧ مارس سنة ١٩٨٥ س ٣٦ رقم ٧٠ ص ٤٠٩ .
- نقض ١٤ إبريل سنة ١٩٨٣ س ٣٤ رقم ١٠٦ ص ٥١٥ .
- نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٨٣ س ٣٤ رقم ٣١ ص ١٧٤ .
- نقض ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٢ س ٣٣ رقم ١٥٢ ص ٧٢٦ .

هذا من جهة الواقع وتحصيل القاضى له، وترتيبه النتائج القانونية على ذلك الواقع كما ارتسم فى وجدانه، وأما من جهة النظر **إلى النص القانونى**، فقد اكتفت الدراسات الفقهية بشرح النصوص المتعلقة بالخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله، ولم يهتم الفقه بإلقاء الضوء على مقومات التأويل الصحيح للنصوص، والذى يكتمل به المنطق القضائى الصحيح بشقيه الواقعى والقانونى.

ذلك بأن المنطق القضائى ليس فقط ما يتعلق بفهم القاضى للواقع، كما اهتم جمهور الفقه، وإنما يكمله ذلك المنطق الذى يلتزمه القاضى عند تأويله للنص قبل إنزال الحكم على الواقعة كما ارتسمت لديه. وهو ما عالجناه بشئ من التفصيل فى هذا الجزء كدعوة لتوجيه العقل والفكر إلى بيان المنطق القضائى الذى يجب أن يحكم القضاء عند نظره إلى النص، وهذا هو جوهر عملية التفسير القضائى للنص، كما اعتنت دراسات عديدة ببحث المنطق القضائى الذى يجب أن يحكم القضاء عند نظره إلى الواقع.

إذاً فالمنطق القضائى السليم عند النظر إلى الواقعة، قد بان بنيانه وتكاملت أركانه بأبحاث كثيرة مستفيضة، وكان لزاماً للمنطق القضائى المتطلب عند النظر إلى النص القانونى أن يلقى شيئاً من الاهتمام ، فكان هذا الاجتهاد الجديد.

إن التساؤل الحاضر فى جنبات هذه الدراسة، والذى نحاول استقصاء الإجابة عليه فى ضوء الفقه الشرعى والوضعى، وموقف القضاء الجنائى المصرى هو: **ما هى الحدود القانونية المتاحة للقاضى الجنائى عند النظر فى النص القانونى مدار حكمه مع تقيده التام بمبدأ الشرعية؟**

وتمهيداً للإجابة على هذا التساؤل، فقد حددنا المفهوم القانونى الذى قامت لدينا الحجج على سلامته لمبدأ الشرعية الجنائية فى الباب التمهيدى، وخلصنا إلى أن مبدأ الشرعية، مبدأ متكامل مع غيره من المبادئ المكونة لمنظومة المشروعية التى يستظل بها النظام القانونى فى الدولة القانونية بأركانها المعروفة فى فقه القانون العام، الدستورى والإدارى.

ومبدأ الشرعية الجنائية فى ذات الآن مرن المضمون، إذ يتطور ذلك المضمون ليظل متفقاً على الدوام ومتسقاً مع مفاهيم المجتمع الذى يحميه ويصونه. تلك المفاهيم التى يأتى العدل والحرية والمساواة على رأسها. وبهذا المفهوم المتكامل والمرن والمتسق لمبدأ الشرعية يمكن أن نتفهم الموقف الصلب والصحيح الذى يرتكن إليه القضاء الجنائى المصرى حين يمارس وظيفته، وفى نفس الوقت سلطته، فى الابتداع عندما تعوزه النصوص.

ونحن نكرر تكراراً محموداً يربط بين أجزاء هذه الدراسة القول بأن القانون لم يأمر القضاة بتطبيق القانون فحسب، ولم يأمرهم بإقامة العدل بين الناس فحسب، ولم يأمرهم بأن يفصلوا فى الأنزعة والأقضية المعروضة عليهم، وألا ينكلو عن نظرها والفصل فيها فحسب، ولم يأمرهم أن

يستقلوا لسلطانهم فى الحكم بين الناس عن بقية سلطات الدولة فحسب. بل إن الدستور والقانون قد أمرا القضاة بكل تلك الأمور مجتمعة غير متفرقة ومتكاملة غير متعارضة ومتناسقة غير متنافرة، وهذا هو جوهر الإجابة التى يتشكل منها هذا البحث.

ونضيف إلى ما سبق أن أى قضاء لابد وأن تكون غايته العدل. والإغراق فالمنطق وسوق الحجج الفلسفية التى تبعد بالقضاء عن هذا الهدف الأسمى لوظيفة القضاء أياً كانت المحكمة التى تمارسه أمر يخرج عن إرادة المشرع والمجتمع الذى يمثله. ولذلك فإن مهمة محكمة النقض، عندنا، هى إقامة الجزء المنوط بها من منظومة العدالة القضائية المتكاملة، ذلك الجزء المتمثل فى توحيد القضاء على معنى واحد لنصوص القانون الذى يتحاكم إليه كل أفراد المجتمع. ولا يتصور أن يبعد الهدف الفرعى وهو توحيد القضاء بالمحكمة العليا عن الهدف الأصلى الجامع وهو إقامة العدل بين الناس .

المطلب الثالث

المدلول القانونى للتفسير القضائى

التفسير القضائى هو التفسير الذى يصدر عن القضاة بصدد تصديهم للفصل فى الدعاوى المعروضة عليهم ، ويستهدف تطبيق القانون على الوقائع المادية، وعلى ذلك لا يعد تفسيراً قضائياً الشروح التى يبديها القضاة للنصوص بعيداً عن مناسبات الفصل فى القضايا كما أنه لا يمكن رفع دعوى تفسير للقانون فقط ما لم تكن مصحوبة بنزاع حول مسألة معينة ، لانتفاء المصلحة فى حالة انعدام النزاع، فالمصلحة أساس الدعوى.

وعلى هذا فإن التفسير القضائى عملية تنسيق لتطبيق القانون على وقائع النزاع المطروح على القاضى، فلا تطبيق بدون تفسير، ولذلك يرى البعض أن أهم عمل للقضاة هو تفسير النصوص التشريعية[١] .

ويبالغ البعض فيذهب إلى أن القانون هو ما ينطق به القضاة ، فإذا حدد مجلس اللوردات معنى لنص معين، فإن هذا المعنى هو الذى يصير قانوناً مطبقاً، حتى لو كان هذا المعنى لا تحتمله كلمات النص على الإطلاق[٢].

ويرى الفقه أن هذا القول يصدق فى النظام الانجلوسكسونى، إذ أن مجلس اللوردات هو أعلى سلطة قضائية فى بريطانيا، ووفقاً لنظام السوابق القضائية تعد أحكامه ملزمة لجميع المحاكم الأدنى. ويمكنه أن يقرر وجود جريمة أو عقوبة لم يتضمنها القانون. إلا أنه فى النظام اللاتينى لا يمكن لمحكمة النقض أن تفعل ذلك لوجود التشريع المكتوب[٣].

---

١ فيقول Lioyed فى كتابه مدخل إلى القضاء

" Introduction to Jurisprudence At the present day one of the most important of judicial functions is the construction of statutes" ,p.٣٨٥.

ويلاحظ أن كلمة Construction معناها تفسير interpretation إلا أن الكلمة الأولى تفضل عملاً فى إنجلترا ، د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤.

٢ Dias , R. M.W ., Jurisprudence , ٤ th . Ed., Butterworrths , London ١٩٧٦ . P. ٣١٨ .

- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٥.

٣ د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٢.

- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٥.

والتفسـير القضـائى يعد تفسـيراً عمليا يتأثر بالظروف الواقعية التى تحيط بالواقعة موضـوع الخصـومة[1]. الأمر الذى حدا بالبعض إلى القول بأنه كثيراً ما يحدث تجاوز من القضـاء لقصـد الشـارع إذا كان التطبيق الحرفى للنصـوص يخالف العدالة، ويتم ذلك التجاوز تحت ستار التفسير[2].

وإذا كان الرأى السـابق من الجائز الأخذ به فى مجال القانون الخاص دون خلاف يذكر، إلا أنه مازال غير مقبول على إطلاقه فى إطار القانون الجنائى، وخاصـة فى مجال التجريم والعقاب، متى كان هذا التجاوز يترتب عليه خلق جريمة أو عقوبة أو تشديدها.

بيد أن القضـاء ولاعتبارات عملية قوامها البحث عن العدالة، لم يكن شـديد الحسـاسـية فى هذه المسـألة شـأن الفقه. فنرى القضـاء يفرق بين النص واضـح العبارة ومن ثم الدلالة، فيقرر أنه إذا كان قصد الشارع واضحاً من عبارة النص الجنائى، فلا يجوز تأويله بحجة منافاته للعدالة. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض فى العديد من أحكامها[3].

والفرض الثانى يتمثل فى النص الذى يعانى من غموض أو قصـور. فنرى القضـاء فى هذه الحالات يستعمل كل الوسـائل المتاحة له لبلوغ العدالة التى هى غايته ومبتغاه. وهو ما تعج به أحكام القضـاء كما يتضـح من الأمثلة العديدة المنبثة فى جنبات هذا البحث. ومن عجب أن يطلق جانب من الفقه الحكم على

---

[1] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٧ . ذهب إلى أن التفسير ينتج من تفاعل ألفاظ النص القانونى مع الظروف الواقعية للدعوى ، والراجح من العبارات التى سـاقها أنه يقصـد تطبيق القانون على الدعوى الذى ينتهى بإصدار الحكم .

[2] د / سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص ٧٤٣ .

- د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩ .

[3] - نقض ١١ يناير سنه ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١١ رقم ٤ ص ٢٥ .

- نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، س ١٨ رقم ٢٧٤ ص ١٢٨٦ .
- نقض ١٦ فبراير سنه ١٩٦٠ ، س ١١ رقم ٣٣ ص ١٦٨ .
- نقض ١٥ مارس سنه ١٩٦٠ ، س ١١ رقم ٥١ ص ٢٤٢ ،
- وفى الحكم الأخير ذهبت المحكمة إلى أنه : " متى كانت عبارة القانون واضـحة ولا لبس فيها ، فإنه يجب أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة الشارع ، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك " .

مذهب محكمة النقض فى هذا الصدد دون أن يفطن إلى التفرقة التى أوضحناها، والبادية من تتبع أحكام المحكمة العليا[1].

ففى حالة غموض النص، ترى المحكمة أن ذلك لا يحول دون تفسيره على ضوء قصد الشارع منه "المصلحة الصحية"[2].

ويلاحظ أن القضاء المصرى والفرنسى بهذا الرأى يوافقان المستقر فى الشريعة الغراء، كما تبين لنا عند بحث البيان والاجتهاد وصلتهما بالتفسير. وعلى عكس هذا الاتجاه نرى الفقه الانجلوسكسونى يكاد يجمع على بطلان النص الجنائى الغامض مع اختلاف فى التأصيل الفقهى لهذا البطلان، كما تبين لنا عند بحث نظرية النص الواضح .

وترجيحاً لهذا الاتجاه فإن المحكمة العليا تقدم الفصل فى الأنزعة المعروضة على القضاء بلوغاً للعدالة المنشودة مهما كانت حالة النص المعروض عليها، على أساليب التنصل من الحكم ولو فى صورة القضاء المبدئى بالبراءة لغموض النص الجنائى. وترتيباً على ذلك فللمحكمة طبقاً للمستقر فى قضاء النقض أن تأخذ بالآراء الفقهية التى تراها مناسبة لموضوع الدعوى المنظورة أمامها، سواء كانت هذه الآراء صادرة عن فقيه أو عن هيئة علمية متخصصة، يستوى فى ذلك كون هذه الهيئة وطنية أو أجنبية طالما أن رأيها يعين المحكمة على القيام بدورها[3].

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٢.

[2] – ويؤيد هذا ما قررته محكمة النقض من وجوب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل ، وفى حالة غموض النص يتم تفسيره على هدى ما يستخلص من قصد الشارع.

- نقض ٢٤ ديسمبر سنه ١٩٨٠ ، س ٣١ رقم ٢١٦ ص ١١١٦ .
- نقض ٣ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٣٠ رقم ١٨٧ ص ٨٧٢ .

[3] وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى جواز استناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى ، فيما يتعلق بتأويل نصوص القانون اليونانى ، وأن استئناسها بهذه الفتوى لا يعتبر تخليا منها عن وظيفتها فى التفسير .

- نقض مدنى ٢٢ أبريل سنه ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٠ رقم ٥١ ص ٣٣١ .
- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٤.

المبحث الثانى

خصائص التفسير القضائى[1]

للتفسير القضائى خصائص ذاتية تميزه من جميع أنواع التفاسير الأخرى، وهذه خصـائص لم يتناولها بالبحث المفصل والدرس المباشر أحد من الفقهاء، ولكن تتناولها الفقه عادة فى ثنايا الحديث عن التفسـير القضـائى من بين أنواع التفاسـير، والتى درج الفقه على بحثها بصـورة تقليديه عابرة فى القسـم العام النظرية العامة أو فى بعض مباحث علم أصـول الفقه عند الحديث عن شـروط الاجتهاد والفرق بين الفتيا والقضـاء وغير ذلك من مسـائل الأصـول المتعلقة بعمل القاضى ووظيفة القضاء.

وفى هذا المبحث نتناول خصائص التفسير القضائى كما اجتهدنا فى تبيانها. وقد يرى البعض وجود خصـائص أخرى غير التى ذكرت، أو قد يعتبر البعض أن أياً من الخصائص التى سوف أسوقها لا يختص بها التفسير القضائى فحسب. ولا ضير عندى من كل ذلك، وحسب أننى اجتهدت جديداً فى هذا الخصوص، ووجهت النظر إلى هذا المدخل المسـتحدث لدراسـة التفسـير القضـائى، وهذه الخصائص يمكننا سردها كما يلى، الخاصية الأولى: التفسير القضائى غاية كل أنواع التفسـير الأخرى أى "الموئل"، وفى هذا الإطار سـيتم التحدث عن الآثار المتعلقة بكون التفسـير القضـائى موئلاً لكافة أنواع التفسـير الأخرى، وتبعات الإحاطة بالتفاسير الخاصة بالنص المطروح على القاضى، وما أسميناه بتبعات الرد القانونى على التفاسـير المناوئة للتفسـير المختار فى أسـباب الحكم أما الخاصية الثانية: التفسير القضـائى الوجه الحى للنصـوص القانونية دون غيره من أنواع التفسير. والخاصية الثالثة: التفسير القضائى أكثر التفسيرات مراعاة وتأثراً بعوامل مسـتمدة من الواقع، والخاصـية الرابعة: التفسـير القضـائى وخصـوصـية التأثيرات النابعة من شـخصـية القاضـى. والخاصـية الخامسـة: التفسير القضائى مصدر واقعى للقاعدة القانونية. الخاصية السادسة: التفسير القضائى وإلزام ذو طبيعة خاصة. وفيما يلى تفصيل لكل منها:

- الخاصية الأولى: التفسير القضائى غاية كل أنواع التفسير الأخرى "الموئل":

عند بحثى لجوانب علم التفسير المختلفة، وأنا بصدد البحث الماثل تبينت أن كل من التفسير الفقهى والإدارى والتشريعى إنما يهدف إلى تيسير مهمة القاضى

[1] هذا المبحث من جوانب التجديد غير المسبوق فى دراسات القانون . وأرجو أن أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وعرضها بالصورة اللازمة والمفيدة لهذه الدراسة .

عند تفسير النص وإنزاله على الواقعات المطروحة عليه، سواء كان قضاء واقع أم قضاء قانون، وسواء كان قضاء موضوع أم قضاء تنفيذ .

فالتفسير القضائى هو الموئل والمنتهى الذى تستقر فى كنفه كافة التفاسير الأخرى بالنسبة لكل من نص من نصوص القانون .

وما التفاسير الفقهية والإدارية والتشريعية، إلا محاولات لتبيان النص قبل الإعمال النهائى فى أطواره المتعددة على يد القاضى أى فى صورة التفسير القضائى .

وترتب على كونه التفسير القضائى هو الموئل الذى تنتهى عنده التفاسير الأخرى آثار كثيرة هامة بعضها متعلق بالتفسير القضائى، والقائم به أى القاضى، وبعض تلك الآثار يتعلق بأنواع التفاسير الأخرى، والقائمين بها وطائفة أخرى من آثار هذه الخصيصة تنسحب على عامة الناس.

- **الآثار المتعلقة بكون التفسير القضائى موئلا ً لكافة أنواع التفسير الأخرى:**

١- تبعات الإحاطة بالتفاسير الخاصة بالنص المطروح على القاضى:

إذا كانت الإحاطة بالنص القانونى ضرورة لازمة على القاضى أن يستوفيها مثل الإحاطة بالواقعة المطروحة عليه تماماً، إذا كان ذلك كذلك فإن إحاطة القاضى بمجموعة التفاسير المتعلقة بنص ما قبل أن يعمل هو تفسيره أضحت تلك الإحاطة هى أيضا ضرورة لازمة لكى يأتى تفسيره للنص فى أحسن صورة ممكنة قبل الإعمال .

٢- تبعات الرد القانونى على التفاسير المناوئة للتفسير المختار فى أسباب الحكم :

وإن كان ذلك غير لازم على قضاء الواقع، فإن قضاء القانون، إن صح التعبير، كالنقض والإدارية العليا والدستورية، أقول إن هذا القضاء قد يكون عليه واجب الانتصار للبيان والتفسير الذى اختاره للنص القانونى عند تعدد الآراء المخالفة له والمعتبرة فى الفقه والقضاء فى تفسير النص المعروض.

- **والأثرين السابقين يتعلقان بالقاضى الذى يقوم بالتفسير، وأما الآثار المتعلقة بالتفاسير الأخرى التى يعد التفسير القضائى موئلا لها فهى:**

١ – تبعة الإحاطة بالتفاسير القضائية للنص، أى بالتفاسير القضائية المختلفة للنص الواحد، وخصوصاً الصادرة من ذات المحكمة أو المحاكم الأعلى فى سلم النظام القضائى.

٢- تبعة الإحاطة بالواقع الذى يطبق فيه النص مدار الحكم القضائى المتضمن تفسير القاضى لذلك النص .

٣- استشراف المصلحة المحمية أو الغاية من النص، ومدى نجاح النص فى فرض صورة معينة لها على القاضى خلال تفسيره للنص. وبالمقابل مدى إفلات القاضى من الصورة التشريعية المحددة لتلك المصلحة، تحت ستار حقه فى التفسير، عندما يرى ذلك الإفلات من ربقة النص أكثر تحقيقاً للهدف الأسمى من الوظيفة القضائية، ألا وهو تحقيق العدالة. العدالة كما يراها هو لا كما تراها السلطة التشريعية التى من المفترض تمثيلها للأمة. وكذلك ومن زاوية مقابلة مدى حماية القاضى للمصلحة المحمية من خلال حقه فى التفسير، رغم قصور النص. إذ أنه بين تلك الفروض الثلاث يتقلب القاضى عند تفسيره للنص.

تلك الجوانب المختلفة لعملية التفسير الذى يقوم بها القضاة نراها أساساً تبدأ منه أية دراسة جادة للتفسير القضائى. وقد اجتهدنا فى توجيه النظر إليها ليبدأ منها كل من الفقه أو جهة التشريع البحث حتى يمكن تطوير التشريع فى الاتجاهات الصحيحة .

وبيان ذلك أن القضاة هم الأقرب إلى الواقع، بل هم جزء منه، وكل من الفقه وجهات التشريع تنقل إليهم صورة الواقع من خلال سبل شتى، غير أن القاضى هو المتلقى الأول لتلك الصورة، والمشارك فى رسم أجزاء منها فى النهاية .

والجدير بالذكر فى هذا الموضع أن تسبيب الحكم الجنائى بما يعنيه من بيان للأسباب الواقعية والقانونية التى قادت القاضى إلى الحكم الذى حكم بموجبه يندرج فيه تحصيل القاضى للواقعة المعروضة عليه وللنصوص القانونية كما فهمها[١].

وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا كان للقاضى وفقاً لمبدأ حرية الاقتناع أن يقرر بمحض حريته عناصر الإثبات التى يستمد منها اقتناعه دون أن يملى عليه المشرع حجية معينة أو يلزمه باتباع وسائل محددة للكشف عن الحقيقة كقاعدة عامة، وإذا كان هذا التقدير من "أعمال السيادة" بالنسبة للقضاء الجنائى، إلا أن

---

١ - د/ رمسيس بهنام: **الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً** ، الإسكندرية ، الجزء الأول ، ١٩٧٧، ص٢٠.
- د / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ١٠٨ .
- د/ أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص٤٦٦ .

هذا الاقتناع يجب أن يكون منطقياً وليس مبنياً على محض التصورات الشخصية للقاضى[1].

فهذا المبدأ لا يعنى "التحكم القضائى"، بل إن القاضى ملتزم بأن يتحرى المنطق الدقيق فى تفكيره الذى قاده إلى اقتناعه، بحيث إذا اعتمد فى تفكيره على أساليب ينكرها المنطق السليم ، كان لمحكمة النقض أن ترده إليه[2].

ويتضح مما تقدم أن الالتزام بتسبيب الأحكام ليس فقط قيداً على مبدأ الاقتناع الذاتى للقاضى، بل أيضاً ضمانة هامة للمتقاضين يجب احترامها، فهو وسيلة فعالة تعطى صاحب الشأن رقابة مباشرة على أن المحكمة قد ألمت بوجهة نظره فى الدعوى الإلمام الكافى الذى مكنها من أن تفصل فيها، سواء بما يتفق مع وجهة النظر هذه أم بما يتعارض معها ، كذلك يتيح التسبيب لجهة نظر الطعن فى الحكم الفرصة حتى تؤدى رسالتها فى مراقبة مدى توفيق الحكم من حيث الإحاطة بالوقائع إحاطة سليمة وذلك فضلاً عن صحة تطبيق القانون عليها.

وأخيراً فإن التسبيب يؤدى إلى إقناع الرأى العام بعدالة القضاء، وهو ما يكسب الأحكام ثقة المتقاضين ويدرأ عنها مظنة الريبة والشك لدى الكافة.

لكل هذه الاعتبارات مجتمعة أوجب المشرعون فى النظم الإجرائية المختلفة أن تشتمل الأحكام أو القرارات على الأسباب التى بنيت عليها، ضماناً لجديتها وثقة فى عدالتها[3].

- **موقف الشريعة الإسلامية من مسألة ضرورة وحدود تسبيب القاضى للحكم[4] :**

---

[1] Videl et Magnol: Cours de droit criminal et science

مشار إليه فى د/ هلالى عبد الله احمد : **هل تسبيب الأحكام فى المواد الجنائية لزوم ما لا يلزم** ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥، ص ٨.

[2] Merle (R) et Vitu (A): Traite de droit crimined ed. Cugas. TomeII: Proceduse Penale ٤e ed. ١٩٨٩.no. ٩٢٦.P.١٤٣

مشار إليه فى د/ هلالى عبد الله أحمد : **هل تسبيب الأحكام فى المواد الجنائية لزوم ما لا يلزم** ، **المرجع السابق**، ص ٨.

[3] د/ رؤوف عبيد : **ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق** ، ص ١٨٧.

[4] انظر فى تفصيلات المسألة د / هلال عبد الله : **المرجع السابق** ، ص ٧ وما بعدها . والمراجع الفقهية الشرعية المشار إليها فيه .

واستكمالاً للحديث الدقيق عن هذه الخاصية المميزة للتفسير القضائى يجدر بنا إلقاء الضوء على جوانبها المتعددة فى الفقه الإسلامى. عن الأمر لا يختلف فى الشريعة الإسلامية، فقد جاءت الأحكام الشرعية مقرونة بعللها، ومثال ذلك قوله تعالى: "**السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّه** "[١]، فالسرقة علة للقطع .

والعلة فى اصطلاح الأصوليين، كما ذهب الرازى والبيضاوى ومن وافقهما، هى "الوصف المعروف للحكم بحيث يكون مضافاً إليه"، كذلك فقد أشار بعض الفقهاء إلى أهمية تسبيب الأحكام، وأن هذا التسبيب قد يكون وسيلة لكشف خطأ الحكم لمخالفته للنص. فقد جاء فى تبصرة الحكام ما نصه: "قد يذكر القاضى فى حكمه الوجه الذى بنى على حكمه، فيوجد مخالفاً لنص أو إجماع فيوجب فسخه"[٢]. وإشارتى إلى العلة هنا لبيان أن تعليل الأحكام القضائية أو بالعبارة المعاصرة تسبيبها، إنما تكرس فى الفقه الإسلامى جرياً على خطة الشارع الحكيم الذى درج على تعليل الأحكام الشرعية خاصة فى فقه المعاملات والجنايات تدريباً وتعليماً للقضاة والمفتين على اتباع ذات الأسلوب والمنهج فى تحرير الأحكام القضائية أو الفتاوى والله أعلم .

● <u>الخاصية الثانية : التفسير القضائي الوجه الحي للنصوص القانونية دون غيره من أنواع التفسير :</u>

إن أهم عمل للقضاة فى نظر من الفقه بحق هو تفسير النصوص التشريعية، وذلك لأن التفسير عملية تسبق تطبيق القانون على وقائع النزاع المطروح على القاضـى. ولا تطبيق بدون تفسـير[٣]. بل ويبالغ البعض ، فيذهب إلى أن القانون هو ما ينطق به القضـاة، أو كما يقول الفقه الإنجليزى أنه إذا حدد مجلس

---

[١] - سورة المائدة ، من الآية رقم ٣٨.

[٢] - البيضاوى : **المنهاج** ، الجزء الثالث ، ص٣٩ .

- محمد أمين المعروف بأمير بادشاه : **التحرير ،مع شرحه تيسير التحرير** ، مطبعة البابى الحلبى ، الجزء الثالث، ١٣٥٠هـ ، ص٣٠٢ .

- فخر الإسلام / محمد بن الحسين البزدوى : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٤.

- د/ مديحة على عبد الحافظ : الطرق المثبتة للعلة فى الوصف الجامع ، **رسالة ماجستير**، كلية البنات، جامعة الأزهر ، ١٩٧٩، ص ٥٨ وما بعدها .

[٣] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٢ .

وفى ذات المعنى " Lioyed " فى كتابه " مدخل إلى القضاء " " Introduction to jurisprudence " مكتبة كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص ٣٨٥ .

اللوردات للمحكمة العليا معنى لنص معين، فإن هذا المعنى هو الذى يصـــير قانوناً "مطبقاً"، حتى لو كان هذا المعنى لا تحتمله كلمات النص على الإطلاق[1]. وبغض النظر عن مدى ما فى هذا القول من مبالغة إلا أنه يبرز أهمية التفســـير القضائى .

وهذه الخصوصية لها بعد آخر، وهو أن الآثار الفعلية للقانون فى المجتمع تنتج طريقة تفسير القضاء لنص ما. ومن ثم فإن حالة الرضا المجتمعى أو الشعبى وكذلك حالة السخط، وتلك الحالات التى تعبر عن توافق أو عدم توافق التشريع مع متطلبات المجتمع فى مواجهة ظروف معينة أو أزمة ما، لن تتحقق إلا بعد إنزال النصوص إلى أرض الواقع، وبعث الحياة فيها من خلال التفسير القضائى .

والتأثيرات على الحياة السياسية فى المجتمعات الديمقراطية وغير الديمقراطية، والتى من أبرزها تقييم الناس للجهات القائمة على أمر التشريع تبدأ حين يبدأ تطبيق القضاة للقانون. ومما لا شك فيه أن التفسير أيا كان مصدره فقهياً كان أو تشريعياً أو إدارياً إنما يحاول تلمس الواقع والتواكب مع معطياته. وهذا أمر مشترك يخرج عن الخاصية التى نحن بصدد إلقاء الضوء عليها، والتى تميز التفسير القضائى دون غيره .

- <u>الخاصية الثالثة : التفسير القضائى أكثر التفسيرات مراعاة وتأثراً بعوامل مستمدة من الواقع :</u>

ومن ناحية ثالثة، فالتفسير القضائى عملى يتأثر بالظروف الواقعية التى تحيط بالواقعة موضوع الخصومة.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن التفســـير ينتج عن تفاعل ألفاظ النص القانونى مع الظروف الواقعية للدعوى[2]. ويبدو من هذا المضـــمون مدى غلبة التفسـير القضـائى على بقية أنواع التفسـيرات الأخرى من حيث الأهمية. الأمر الذى حدا بالبعض إلى القول بأنه كثيراً ما يحدث أن يتجاوز القضـــاء عن قصـد الشـــارع من النص، وذلك إذا كان التطبيق الحرفى للنصـــوص يخالف العدالة، ويتم ذلك التجاوز تحت ســتار التفســير[3]. إلا أن محكمة النقض قد حســمت هذا

---

١ Dias , R.M.W. , jurisprudence , ٤ th . ed. Butterwoths London ١٩٧٦ .P. ٣١٨ .

مشار إليه فى مؤلف د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٩ .

٢ د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٧ .

٣ د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص ٧٤٣ .

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩ .

الموضـــوع حين ذهبت فى أحكامها العديدة إلى أنه متى كانت عبارة القانون واضحة ولا لبس فيها ، فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن قصد الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث على ذلك[1].

أما فى حالة غموض النص ، فإن ذلك يفتح الباب للقاضـــى ليقوم بتفسـيره بحثاً عن قصد الشارع، وذلك بالنظر إلى المصلحة المحمية[2]. وللمحكمة فى هذا الصدد أن تأخذ بالآراء الفقهية التى يراها مناسبة لموضوع الدعوى المنظورة أمامها، سواء كانت هذه الآراء صادرة عن فقيه أو عن هيئة علمية متخصصة، ويستوى فى ذلك كون هذه الهيئة وطنية أو أجنبية، طالما أن رأيها يعين المحكمة على القيام بدورها[3]، وقد ذهبت محكمة النقض المصـــرية إلى جواز اســـتناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى، فيما يتعلق بتأويل نصـوص القانون اليونانى، وأن اسـتئناسـها بهذه الفتوى لا يعتبر تخلياً منها عن وظيفتها فى التفسير[4].

وإذا كان هذا هو حد التفسـير القضـائى الذى يجب الوقوف عنده بالنسـبة للقانون عامة، فإن نصـــوص القانون الجنائى لها وضـــع خاص، فقد قررت محكمة النقض فى أحكامها بصـــورة مضـــطردة وجوب التحرز فى تفســـير القوانين الجنائية، والتزام الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل، وفى حالة غموض النص يتم تفسيره على هدى ما يستخلص من قصد الشارع .

والجدير بالذكر ملاحظة أن التفسير القضائى، وإن كان أكثر قرباً واتصالاً وتأثراً وتأثيراً بالواقع إلا أن ذلك لا يمنع كون التفسـير الفقهى وكذلك التشـريع يتأثران ويؤثران فى الواقع ولكن بدرجة أقل من التفسير القضـائى . وكذلك تعد الصـلة بين التفسير القضـائى، والواقع متعددة الجوانب بشكل يميزها ليس فقط من حيث الدرجة، ولكن أيضـاً من حيث طبيعة الصـلة. إذ أن الصـلة بين الواقع والتفسـير القضـائى ليسـت صـلة بين فروض أو ظواهر عامة معلومة يضـعها المشـرع أو الفقيه فى اعتباره، ولكنها صـلة بوقائع محددة حقيقية تنتظر التفاعل

---

[1] نقض جنائى ١٩ / ١٢ / ١٩٦٧ س ١٨ ص١٢٨٦

- نقض ١٦ /٢ / ١٩٦٠ س ١١ ص ١٦٨ .

[2] نقض جنائى ٣ / ١٢ / ١٩٧٩ ، س ٣٠ ، ص٨٧٢ .

- نقض ٢٤ /١٢ / ١٩٨٠ ، س٣١، ص ١١١٦ .

[3] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٤ .

[4] نقض مدنى ٢٢ / ٤ / ١٩٥٩ ، س ١٠ ، ص٣٣١ .

الحى مع التفسـير الذى يقوم به القاضـى ، والقاضـى على علم بهذه الحقيقة عند قيامه بالتفسير .

- الخاصية الرابعة :التفسير القضائى وخصوصية التأثيرات النابعة من شخصية القاضى :

لا شـك فى أن المُنبَرِى للتفسـير والاجتهاد فى النصـوص التشـريعية بكافة أنواعها قاضـــياً كان أو فقيهاً يكون قد توافرت فيه شـــرائط الاجتهاد. والمجتهد الذى أكمل شـرائط الاجتهاد يكون صـاحب تميز بخصـوصـية الملكات حتى فى محيط أهل العلم الفقهى أو القانونى. إذ ليس كل فقيه أو عالم قانون، من وجهة نظرى، يجوز له أن يتعـدى فى بحثه العـلمى حيز النقـد والترجيح والاقتراح إلى الدخول فى حمى الاجتهاد المطلق فى محيط النصـوص. والتفسـير المبتدأ للنصـوص الشرعية أو الوضعية هو أحد دروب هذا الاجتهاد[١] .

بل إن لذلك الدخول العلمى شـرائط وضـوابط مفصـلة فى كتب الأصـول الشـرعية. ومنها نستطيع اقتباس الضـوابط المناسـبة للإعمال فى محيط القانون الوضعى. وليست الفكرة السابقة حكراً على المفسر حين يكون قاضياً، بل يجب القول بها بالنسبة لكل من يتصدى للتفسير والاجتهاد[٢].

بيد أن الخاصـية التى نحن بصـددها تختلف عما سبق بيانه، فالقاضـى حين يقوم بعملية التفسـير لا يسـتخدم فقط ملكاته وعلمه بل تتأثر شـخصـيته، ومن ثم طريقة تفســيره بعوامل خاصـــة ينفرد بها القضـــاة. وتلك العوامل ترجع فى معظمها إلى نظرة المجتمع إلى القضاة ومدى الثقة والنفوذ والاستقلالية وغيرها من المسائل التى تحتاج كل منها إلى دراسة خاصة .

وقد يكون الاهتمام الحديث بهذه الأفكار سـبباً فى إحياء جوانب من تاريخ القضاء فى الإسلام وما يعرف بأدب القاضى، وذلك للسبق الذى أحرزه القضاة والفقهاء المسـلمين فى عصـورهم الأولى فى إبرازهم لهذه الأفكار ووضـع

---

١ راجع هذه المسألة بالتفصيل المناسب لهذه الدراسة بالفصل الأول بالباب الثالث.

٢ لنا بحث غير منشور بمكتبة الدراسات العليا بكليتنا العريقة حقوق القاهرة بعنوان "نهضة الشريعة الغراء بين حرية الاجتهاد وشروط الاجتهاد". تعرضت فيه بالتفصيل لجوانب الموضوع من الوجهة الشرعية أساساً، وبينت أهميته فى عصمة الأمة من فتن التطرف والجموح التى تواكب دخول غير المتخصصين فى هذا المجال .

والبحث المذكور مجاز من أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم ، وفضيلة مفتى الديار الأسبق الشيخ / محمود خاطر، ١٩٨٦ تاريخ حصولنا على دبلوم الدراسات العليا فى الشريعة الإسلامية .

الضــوابط والقواعد لتفعيلها[1]. كما قامت عديد من الدراســات التى تظهر تأثير الوظيفة القضــائية على من يعين فيها ، وما يعرف بالســلوك القضــائى فى الوصول إلى الأحكام، وهى دراسات على جانب كبير من الأهمية .

إن هذه الدراسات تعطينا السبيل للبحث عن أفضل الحلول لكى يكون القرار القضــائى قراراً متفقاً مع واقع الحياة فى المجتمع، وداعياً إلى وجوب الاهتمام بتحقيق العدالة مع احترام النص حتى لا يضيع المعنى الحقيقى وسط تفسيرات وتأويلات المحاكم .

إن الاتجاه الذى ندعو إليه بالاهتمام بواقع حياتنا القانونية بصورة متكاملة، وما يمثله القضـاء فيها من عنصـر فعال فى نفاذ القواعد القانونية، وتحديد مدى ونطـاق هذا النفاذ. ولكن الجمهور يذهب إلى إن أهمية هذا الرأى تكمن فى اكتشــافه لحقيقة دور القاضــى فى تطبيق القانون، حين تحدث بالتفصــيل عن مجهودات القاضى المستمرة فى المواءمة بين مضمون القانون، وبين التطورات الاجتماعية التى تواجهه والتى يطلق عليها هذا الجانب من الفقه تجديد شــباب القانون أى إحياء دائم فى جنبات القانون بما هو متلائم مع مقتضــيات العصــر وتطورات المجتمع[2].

ويجب أن نشــير إلى ما يثبته الواقع القضــائى لدينا من أن الدور الخلاق الذى يمارسه القضاة بصورة فعلية يؤكد ضعف التمسك بالنظريات التى يتمسك بها نفر من الفقهاء والقضاة المصريون والفرنسيون من تحريم الاجتهاد المؤدى إلى الابتداع على القاضى تذرعاً بمبدأ الفصل بين السلطات فى مدلوله المطلق، والاعتراف بهذا الدور الخلاق للقاضى يؤكد نسبية مبدأ الفصل بين السلطات. وقد خرج جمهور الفقه والقضــاء فى هذا الســجال بين مقتضــيات النظرية وضرورات الواقع بالاعتراف أثر كبير فى تعديل وتطوير العديد من النظريات. ولقد كانت لمدارس الواقعية القانونية الأمريكية ، ولكن دون أن يفصح القضــاة عن ذلك . وكان منهجهم الواقعى هذا عاملاً كبيراً فى التوصــل إلى فهم هذا السلوك، فهم يهتمون بالسلوك الفعلى للقضاة الموظفين بشأن المنازعات التى تعرض عليهم. ولقد كان مبدأهم هو أن القانون هو ما ينطق به القضــاة، أما التشريع والسوابق القضائية وأراء الفقهاء والعرف وقواعد الأخلاق، فجميعها تبدو تأثيراتها بطريقة غير مباشرة من خلال أثرها على السلوك الحقيقى الخاص

---

[1] – تاريخ القضاء فى الإسلام.

الشيخ / على الخفيف ، **أسباب اختلاف الفقهاء** ، ص ٢٦٤.

– الإمام / أبى الحسن على بن حبيب البصرى الماوردى : **الأحكام السلطانية** ، دار الفكر ، ١٩٦٦.

[2] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٤٥٥.

بوصول القضاء إلى أحكام، إلا أن ذلك لا يعنى أن هذه المبادئ والقواعد تكون دائماً وصفاً دقيقاً لهذا السلوك. وهناك دائما علاقة بين المبدأ أو القاعدة القانونية، وبين السلوك القضائى الذى انتهى إلى حكم معين .

فالسلوك القضائى كما يبدو انعكاساً دقيقاً للقواعد والمبادئ القانونية، قد يأتى متأثراً بوجهات النظر الخاصة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يؤمن بها القضاء. كما أنه غالباً ما يكون للحدث تأثير فعال فى تحديد النتائج التى يتم الوصول إليها، وإن كان هذا لا يمنع من تأسيسها منطقياً حتى تبدو فى صورة لائقة[١].

فدراسة الأحكام القضائية يجب أن تنصب أساساً على دراسة الحس الباطنى للقضاء، ومعرفة المكونات والعوامل المؤثرة عليه، ودرجة تأثير كل منها. وهذا الحس يتكون من السمات الشخصية المتعددة التى تدخل فى تكوين شخصية. فأهوائه السياسية ونظرياته الاقتصادية والاجتماعية ومفاهيمه الأخلاقية بالإضافة إلى القواعد القانونية الرسمية تساهم كلها بدرجة أو بأخرى فى تكوين النتيجة التى يرى أنها أفضل من غيرها فى النزاع المعروض[٢].

وإذا كنا نرى أن المدرسة الواقعية فى القانون قد أغرقت فى دراسة واقع السلوك القضائى والعوامل المؤثرة عليه، فإن لهذه المدرسة الفضل فى دراسة نفس ما نحاول أن نلفت النظر إليه فى هذا الموضع لأهميته بالنسبة لهذه الدراسة، ألا وهو وجوب عدم الاكتفاء بالعبارات التى يرددها القضاء فى أحكامه عند تحليل وتقويم تلك الأحكام، بل يجب التنبه إلى حقيقة المبادئ التى أعملتها المحكمة بالفعل للوصول إلى حكم ما، وليس ما قالته نظرياً فى أسبابها ولم تلتزم به عملياً فيما انتهت إليه من نتيجة تتمثل فى الحكم الصادر.

وكذلك نرى ضرورة الانتباه إلى الفكرة السابقة عند دراسة الاتجاهات العامة التى يسير عليها القضاء فى تفسير وتطبيق نصوص معينة. وذات الملاحظة واجبة الأخذ فى الاعتبار عند تصدى القضاء، من خلال الفصل فى المنازعات المعروضة عليه، لظاهرة أو أزمة اجتماعية معينة. ذلك بأن هذه الدراسات الواقعية السلوكية والنفسية للقضاة أبانت الفارق الكبير بين ما يقوله القضاة من آراء وأفكار قانونية عامة تخالف ما يتوصلون إليه من نتائج فى أحكامهم.

---

[١] د / سعيد الصادق : **المنهج القانونى فى الولايات المتحدة وفى جمهورية مصر العربية** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص٣١٢ .

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، ص٣١٨ .

وفى هذا المجال، نشـير إلى ما اسـتقرأناه عند تعرضـنا بالتحليل لأحكام المحكمـة العليـا المنبثـة فى جنبـات هذه الدراســـة من ترديد محكمـة النقض لعبارات مثل حظر التفسـير الواسـع والقياس عند تفسـير نصـوص التجريم، ترديداً شـــبه آلى، إن جاز التعبير، دون أن يعبر عن التزام حقيقى منها بذلك الحظر الذى ما تفتأ تردده فى حيثيات أحكامها .

وأشـــير كذلك إلى ما يتردد فى أحكام المحكمة العليا عند نقضـــها لبعض الأحكام بأن الحكم المنقوض قد أخطأ فى تطبيق القانون، رغم كونه ملتزماً بمبدأ تفسيرى تكون المحكمة العليا ذاتها هى التى وضعته، وسارت عليه حيناً من الدهر ثم رأت العدول عنه والمحاكم الأدنى لا تزال قائمة على ما ألفته من قضـاء محكمتهم العليا قبل تقريرها العدول. ومع هذا فالمحكمة العليا لا تتورع أن تنعت تلك الأحكام بأنها أخطأت فى تطبيق القانون[١] .

وبناءً على ما تقدم فقد كان لهذه الدراســات الفضــل فى لفت الانتباه لهذه الظـاهرة، وقـد بنينـا على تلـك الملاحظـات بعض المقترحـات الهـامـة نرجئ تفصـيلها إلى الباب الثالث عند الحديث عن دور المحكمة العليا وتقديره. كل ذلك يؤيد ما نحاول توضـيحه عن خصــوصــية وأهمية دور التفسـير القضـائى فى تطبيق القانون[٢]. ويشـير البعض أيضـاً إلى مسـألة إرادة المشـرع المفترضــة أو الضـمنية، وهذه الآثار توضـح إلى حد كبير مدى تغلغل أفكار مدرسـة الشـرح المتون حتى فى أكثر الحالات تعمقاً وفهماً لدور القاضى. فتلك الإرادة التشريعية الضــمنية أو المفترضــة للمشــرع إنما يسـتخرجها القاضـى، رغم كونها غير موجودة. وما هى إلا سنداً للقاضى يستطيع بها، ومن خلالها، أن يعرض آراءه فى تفسير النص تحت ستار هذه الإرادة غير الموجودة فى حقيقة الأمر[٣].

وفى المقابل يذهب البعض إلى التقليل من أهمية التفسـير القضـائى فى ظل النظام القانونى المصــرى بحجة مؤداها أن الوصــفية التحليلية هى الســائدة فى الفقه القانونى مصـــر بما تتضـــمنه من اهتمام بالقواعد القانونية، كما وضـــعها المشــرع والاقتصـــار على تحليل وشــرح المبادئ القانونية القائمة. وهى كذلك تتسم بتمسكها الشديد بكلمات النص وعباراته، وهى بذلك تنتمى للمنطق الشكلى إلى الحد الذى يسـمح بإمكانية التنبؤ بنتائج معظم المنازعات ولا يتبقى للقضـاء

---

[١] راجع تفصيل هذه المسألة واقتراحنا بشان تعديل المادة ٣٠ من قانون حالات واجراءات الطعن بالنقض المبحث الختامى بالباب الثالث .

[٢] - د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٧وما بعدها.

-د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٢٤٤ وما بعدها .

[٣] د/ محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص٣٣٥.

إلا دور تقرير وإظهار تلك المبادئ المســـتقرة. والميزة الوحيدة لهذا النظام عند أصحاب هذا الرأى أنه يؤدى إلى تحقيق نوع من الاستقرار القانونى.

ونحن نرى عدم صــحة هذا القول لما يتضــمنه من إطلاق غير صــحيح ولمجافاته الظاهرة للواقع الملموس. إننا نرى تعقيباً على كل ما تقدم، أن القضاء من خلال فهمه لحقيقة ما يقوم به عند تطبيق القانون إنما يمارس دوراً خلاقاً مبدعاً. وما الفارق بين دوره ودور المشـــرع إلا ناتجاً عن طبيعة القواعد التى يضـعها القضـاء من عدم اتسـامها بالعمومية والتجريد، مما يجعل دوره محدود الأثر بالنسبة لدور المشرع فيما يتعلق بوضع القواعد القانونية.

إن المشــكلة هى ما يفعله القضـــاة فعلاً لا ما يقولونه، وهى المشــكلة التى بحثتها المدارس الواقعية بالولايات المتحدة كما سـلف البيان . ولكن لا يؤخذ هذا السـلوك الابتداعى كمأخذ على القضـاء، بل إن الفقه الذى اسـتطاع الوقوف على هذا الدور الخلاق لم يذهب فى اكتشـــاف حقيقته إلى اعتباره افتئاتاً أو تعدياً من القضـاء على سـلطة المشـرع بل على العكس من ذلك، فهناك من يذهب إلى أنه مـا لا يجوز إغفـالـه بغض النظر عن الجـدل القـائم حول الاعتراف أو عـدم الاعتراف بسلطة القاضى فى الابتداع، هو أن القضاء سلطة أوكل إليها الدستور تطبيق القانون، وهو كأى سـلطة عامة له كيانه المسـتقل عن المشـرع ويمارس ولاية قائمة بذاتها، ولا يمكن أن يكون مجرد آلة لتنفيذ النصوص القانونية.

إنما وظيفة القضـــاء هى ولاية التطبيق والتحليل للقواعد القانونية المجردة على الحالات الفردية وذلك يقطع بأن للقضـــاء سـلطة القيام أثناء التطبيق بدور إنسـانى يحقق الهدف الأسـمى من هذه الوظيفة ألا وهو إرسـاء العدل كقيمة عليا بين الناس فى المجتمع .

إن هذه الخاصية التى نحن بصددها تفتح المجال واسعاً للحديث حول إعداد القاضـى المفسـر إعداداً علمياً وعملياً مهنياً بالشـكل الذى يضـمن معه المجتمع سـلامة وصـحة التأثيرات النابعة من شـخصـية القاضـى، والتى سـتصـبغ حتماً أحكامه، وما تتضمنه من تفسيرات وتقريرات ستصبح حتماً موجهاً عاماً للنظام القانونى فى الدولة.

وكذلك فإن هذه الخاصية تفتح المجال للبحث فى سـلوك القاضـى وأثره فى تفسـير وتطبيق القانون. وهو ما اهتمت به حديثاً الدراسـات القانونية الاجتماعية خاصـــة فى الولايات المتحدة الأمريكية، وســـنعود لبحث بعض الأفكار وثيقة الصلة بهذه الخاصية بشئ من التفصيل المناسب لموضوع الدراسة فى الفصل التالى عند حديثنا عن الصـــلة بين التفسـير القضـــائى وقواعد العدالة والقانون الطبيعى ومبادئ العرف.

- <u>الخاصية الخامسة : التفسير القضائى مصدر واقعى للقاعدة القانونية:</u>

إن لمصطلح " مصدر " فى مجال العلم القانونى معنيان :

المعنى الأول : فقد يقصد بالمصدر الإشارة إلى"الجهة" أو "الشخص" الذى صدرت القاعدة القانونية عنه، أو فى عبارة أخرى الشخص الذى "أنشأها أو وضعها" .

وفى إطار هذا المعنى لا يوجد مصدر للقانون الجنائى سوى "التشريع" طالما أننا نخضع لمبدأ الشرعية ونطبقه. وما التشريع فى العصر الحديث سوى وسيلة للتعبير عن إرادة الجماعة تولاها المجلس النيابى عنها . إذن يعتبر مصدراً للقانون الجنائى كل تشريع مكتوب يصدر عن السلطة التشريعية. على أن هناك حالات معينة تتولى فيها السلطة التنفيذية، بتفويض من المشرع، إصدار "لوائح" تأخذ حكم التشريع.

وسواء كنا بصدد تشريع صادر عن السلطة التشريعية، أو لائحة صادرة عن السلطة التنفيذية بناءً على تفويض قانونى من المشرع، فالمصدر الوحيد للقانون الجنائى فى ظل مبدأ الشرعية هو القانون المكتوب. وفى كلتا الحالتين نكون بصدد قواعد صادرة عن صاحبة السلطة فى التعبير عن الجماعة، وهى الدولة بصفتها مصدر "إنتاج" للقانون[1] .

المعنى الثانى: وقد يقصد بالمصدر الإشارة إلى "الشكل" الذى يصب فيه القانون الجنائى، أو عبارة أخرى "وسيلة التعبير" عن الإرادة القانونية للدولة. وفى إطار هذا المعنى يوجد أكثر من "شكل" فى القانون الدستورى، أو فى قانون عضوى، أو فى مرسوم يصدر عن السلطة التنفيذية، أو فى لائحة تصدر عنها. ولكل من هذه الأشكال درجة فى سلم التدرج بينها، إذ أنها لا تتساوى من حيث القوى فى التعبير عن إرادة الدولة، ويقصد بالمصدر فى حالتنا هذه الإشارة إلى مصدر "الإعلام" عن القانون، ويعنينا هذا المعنى فى مقامنا هذا .

ومن ناحية أخرى يمكننا أن نقسم المصادر، مع جانب من الفقه، إلى ثلاثة أنواع: مصادر مباشرة، ومصادر غير مباشرة، ونؤثر تسميتها فى مجال التجريم بالمصادر المحال إليها، لأنها لا تقوم بدورها كمصدر للتجريم، إلا إذا أحال

---

[1] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٥.

المشرع إليها، ومصادر مساعدة أو موجهة، وهى مصادر غير مباشرة تتولى توجيه القانون ومساعدته فى أداء رسالته[1].

وإذا أردنا أن نوضح إلى أى مدى يتدخل العنصر الذى يقوم بالتطبيق، ألا وهو القاضى فى تحديد معنى ومضمون النص، فعلينا تتبع دوره فى كل حالة من حالات القصور التشريعى. ففى كل حالة من حالات غموض النصوص أو تضاربها أو حالات نقص التشريع هناك جهد خلاق يبذله القاضى لا يجوز إنكاره فى رفع التضارب بين النصوص، وإزالة الغموض الذى يعترى بعض ألفاظ أو عبارات النص. وتبلغ ذروة هذا الجهد القضائى الخلاق فى الحالات التى يقوم فيها القاضى، تحت وطأة الضرورات العملية، بتكملة النقص فى التشريع، وهو فى هذا يعد مجتهداً فى القانون .

ويرى البعض أن المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى قد أغفلت ذكر القضاء من بين مصادر القانون، إلا أن هذا الإهمال لا يمكن أن يؤثر فى ضرورة الاعتراف بالأمر الواقع، فالاعتراف بمصادر القانون مسألة تقويمية يرجع فيها إلى واقع القانون الوضعى[2].

ونحن نرى أن المادة المذكورة قد أشارت ضمناً إلى المبادئ التى يرسيها القضاء ومن ثم تشكل مصدراً من مصادر القانون. وذلك الذكر الضمنى يتمثل فى اعتبار المبادئ القضائية جزءاً من مبادئ العدالة والقانون الطبيعى. ومن ناحية ثانية فإن العرف كمصدر للقاعدة القانونية يشمل فى طياته ما يعرف بالعرف القضائى الذى يتشكل من المبادئ القضائية المستقرة[3].

وعلى ذلك لا يمكن الاعتراف بوجود قواعد قانونية قضائية، إلا إذا كانت هذه القواعد أمراً واقعاً يمكن التحقق من وجوده. والمشاهد فى مصر وفرنسا أن عدداً أكبر من الفقهاء يعتبرون القضاء مصدراً من مصادر القانون. وذلك نظراً لما استقرت عليه عبارات المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض من أن قضاءها هو واجب الاتباع. ومن ذلك عبارة محكمة النقض المصرية فى قولها " وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ... " بما فيه من إفصاح عن سلطتها المبدعة فى هذا الشأن[4].

---

[1] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٩ وما بعدها.

[2] د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٥٠٠ .

[3] انظر فى العرف القضائى مدلوله ومضمونه ، الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، ص٢٣١

[4] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٩٦ وما بعدها.

ونحن هنا لسنا فى مجال المناقشة حول ما إذا كان القضاء يعد مصدراً رسمياً للقانون أم مصدراً احتياطياً للقاعدة القانونية أم لا. **لقد آثرت تعبير "المصدر الواقعى" لكى أؤكد على حقيقة مصدرية المبادئ التى يرسيها القضاء بغض النظر عن موقع هذا المصدر بين المصادر القانونية الأخرى، فالعبرة عندنا بالواقع ليس فقط فى مجال تكملة النقص فى النصوص، ولكن فى مجال تفسيرها .**

وقد رأينا اختلاف الحلول القضائية حول معنى الألفاظ المكونة لنص ما، ورأينا كذلك فى التكييف أن القاضى بمحض سلطاته يدخل الأفعال المؤثمة فى المجال القانونى المناسب لها فى حالة ما إذا كانت هذه الأفعال الآثمة مستحدثة وذات أوصاف أو ألفاظ لم يعرفها. ومن هنا كانت أهمية محكمة النقض فى العمل على توحيد تفسير القانون، وعلى رقابة التكييف لتضع نوعاً من النظام الثابت تهتدى به المحاكم عند تطبيقها للقوانين[1].

وإذا كانت المجادلة بين أنصار اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون، أو لا تدور حول مدى اعتبار السابقة القضائية ملزمة للقاضى أم لا، فإن هذا الدور الخلاق للقضاء الذى أشرنا إليه سابقاً يجب الانتباه له، والعمل على جعل هذا الدور نائباً عن التحكم والاستبداد من القاضى، فلن يفيد شيئاً أن نترك للقاضى سلطة مطلقة عند تطبيقه النص بدعوى أن ينسب تفسيره للنص إلى المشرع، أو إلى أرادته الضمنية أو المفترضة. إن الاعتراف بدور القاضى الخلاق هو الخطوة الأولى فى محاولة إعانته بوسائل قانونية وفنية فى ابتداعه الحلول الجديدة، وكذلك الكشف عن الصعوبات التى تواجهه ، ومحاولة تذليلها .

وإننا نرنو ببصرنا إلى البلاد التى تعتبر السابقة القضائية مصدراً للقانون، وإلى الدراسات التى أقاموها على ذلك، فنجد ثراء فى هذه الدراسات التى أقاموها على ذلك. ذلك الثراء فى هذه الدراسات نحن فى حاجة إليه، ولا يفيدنا شيئاً المجادلة حول دور القضاء نظرياً فى تطبيق القانون[2]. ولا أن نردد أنه ملزم بالتطبيق دون الخلق، أو أن نردد بلا وعى بأن تفسيره يجب أن يبحث فيه عن إرادة المشرع، ونجلس فى اطمئنان مادام القاضى لا يدعى فى حكمه أنه يبتدع، أو أن يفسر النص تفسيراً خاطئاً، وذلك بعد رقابة محكمة النقض.

---

[1] سنعود لإلقاء مزيداً من الضوء على مصطلح العرف القضائى فى قضاء النقض فى المبحث التالى عند دراستنا لعلاقة التفسير القضائى بالعرف .

[2] عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر**، دار النهضة العربية ،١٩٦٧، ص ٢٣٨ .

فى حين أنـه فى الواقع العملى يحمل إرادة المشــرع مـالا قبل لهـا بـه، ويتعرض لما لم يكن ليدور فى ذهن المشـرع عند وضـعه النص. ويغالى بعض الفقه فى عرض الفكرة السـابقة والتى نؤيدها ولكن فى إطارها المنطقى، بالقول بأن ما يسـمى تفسـيراً لا يثور إلا عندنا تكون المسـألة محل البحث بعيدة عن مجال القانون المراد تفسيره. وبالتالى يكون السؤال أمام القاضـى ليس هو ماذا. أراد المشرع حيث أن المشرع لم يرد شيئاً فى هذا الخصـوص، وإنما هو ماذا يعتقد القاضـى أن المشـرع كان سـيريد لو فطن إلى هذه المسـألة عند وضـعه التشـريع. وهو رأى يؤخذ عليه أنه يجعل من التفسـير دائماً عملية خلق لقواعد جديدة.

وقد أشـرنا إلى أن هناك عديد من الدراسـات التى تبرز الفرق بين ظاهر النصـوص التشـريعية، وما تفعله المحاكم باسـم هذه النصـوص، واسـتناداً لها. وكان لذلك أثره فى ظهور الاتحاد الاجتماعى فى القانون[1]. وكان ذلك بهدف تحرير الدراسـات القانونية، والبحث القانونى بصـفة عامة من آثار مسـلكين مختلفين:

أولهما : المغالاة فى رفض التماسـك المنطقى للنصـوص القانونية، والاقتصار على الجانب الشكلى لها .

ثانيهما : محاولة التستر وراء القانون للدفاع عن أهداف مثالية أو تقويمية معينة. وكان لهذا الاتجاه الأثر الكبير فى بيان أسـاس عملية وضـع القوانين وتنفيذها تنفيذاً فعلياً. كما كان لهذا أكبر الأثر فى زيادة الاهتمام بعملية الصـياغة القانونية لتحويل الحاجات التشريعية إلى قواعد قانونية صحيحة[2].

وقد نبه لهذا الدور الخطير الذى يضـطلع به القاضـى العديد من الفقهاء فى مصـر[3]. فيذهب الدكتور السـنهورى إلى أن من أهم المصـادر التى تنتقى منها مواد التقنين المدنى المصرى ، مصدر أحكام القضاء المصرى.

ومن النظريات العامة التى اسـتقاها المشـرع من هذا القضـاء نظرية التعسف فى اسـتعمال الحق لتكوين العقد والاسـتغلال والصـورية وغيرها من

---

[1] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٤٠٢ وما بعدها.

[2] – د / أحمد كمال أبو المجد : الدور الإنشـائى للقضـاء الإدارى بين الواقعية الشـكلية والمذاهب الموضـوعية فى القانون ، **مجلة القانون والاقتصاد** ، ١٩٦٢ ، ص٤٣٢ .

[3] – د/ سعيد الصادق : **المرجع السابق** ، ص ٣١٢ .

- د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٤٠١ وما بعدها.
- د/ سمير تانغو : **المرجع السابق** ، ص ٥٠٠ .

النظريات[1]. كل ذلك بما يوضح مدى ابتداع القضاء إلى حد استعانة المشرع بما انتهى إليه اجتهاده وتقنين هذه الاجتهادات القضائية.

وكذلك ينتهى أحد كبار فقهاء القانون الجنائى إلى بيان دور محكمة النقض المصرية الخلاق فى تفسير وتطبيق قانون العقوبات، ويرد أكثر من مائتى مثل على هذا الدور الخلاق من خلال تفسيرها وتطبيقها لنصوص القانون[2]. ويذهب هذا الفقهى إلى أنه فى بعض الأحيان كان دور محكمة النقض إنشاء قواعد لم ينص عليها الشارع، وعلى التحقيق لم ترد بخاطر واضعى النصوص. ولكن روح التشريع وخطة الشارع تقتضى تكملة النصوص بها كى تسد ثغرات فيها.

وفى هذا الصدد فهناك من الفقهاء من قاموا بدراسة حقيقية لدور القضاء كمصدر واقعى للقاعدة القانونية فى مصر[3]. وانتهى إلى أن القاعدة القضائية تتمتع بوجود مستقل تجاه مصادر القانون الأخرى وتجد هذه القاعدة القضائية أساسها فى عنصرين :

الأول : سلطة القاضى ونفوذه أى سمعته القضائية .

والثانى : يجب أن تحوز تلك القاعدة رضاء وقبول المشتغلين بالقانون، بأن يوافقه على ذلك المبدأ القضائى الذى يضعه فى طيات حكمه عدد من الفقهاء .

وفى هذا الصدد يذهب بعض الفقهاء إلى أننا حين نقرأ أن محكمة النقض قد وضعت مبدأً جديداً ، فليس لهذا سوى معنى واحد هو أن محكمة النقض قد أملت قاعدة قانونية لم تكن معروفة من قبل. وبالرغم من ذلك فإن هذه المحكمة ذاتها لو سئلت عن حدود اختصاصها لما ترددت فى قصر هذا الاختصاص على حدود التطبيق والتفسير[4].

والجدير بالذكر أن نشير إلى ما بلغه التشريع الإسلامى من فهم عميق وتطبيق دقيق ومنضبط لمجموعة من القواعد الأصولية والمنطقية فى هذا

---

[1] – د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص٥١ وما بعدها.

[2] د/ محمود نجيب حسنى: **مجلة القانون والاقتصاد عدد خاص**، العيد المئوى لكلية الحقوق، ١٩٨٣، ص٢٩. وما بعدها . وسنعاود إلقاء الضوء على هذا الموضوع الهام من زوايا أخرى الباب الثالث من هذه الدراسة عند الحديث عن صور الابتداع القضائى فى قضاء محكمة النقض فى المجال الجنائى .

[3] المستشار / محمد وجدى عبد الحق : محكمة النقض ، **مجلة القضاء** ، يناير ـ يونيو ١٩٨٤ص ٣٣.

[4] الأستاذ / إبراهيم شحاتة : **المرجع السابق** ، ص١،٤٢ .

– د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٤٠٤ وما بعدها.

المجال. فالأصل أن مصادر التشريع الرئيسية هى القرآن والسنة. وكان الفقه الإسلامى عميق النظرة وواقعى فى إدخاله فى هذه المصادر جميع أوجه الاجتهاد من قياس واستحسان وأخذ بالمصلحة المرسلة حتى يتسنى معرفة ما أتى به القرآن والسنة حقيقة، وما أتى به الفقهاء من اجتهادات وآراء تخريجاً على الأصلين الكريمين[١].

ومن هنا نجد أنه على كثرة اجتهاد الفقهاء واختلافهم فى التفسير لنصوص القرآن وألفاظه، ونصوص السنة النبوية الشريفة وألفاظها، واختلافهم تبعاً لذلك فى استنباط الأحكام الشرعية لم نجد أحداً منهم ينسب ما انتهى إليه من اجتهاد إلى القرآن ذاته أو السنة ذاتها أو الادعاء بأن هذا ما قصده الرسول عليه الصلاة والسلام. بل يجرى التأكيد دوماً على أن ما انتهى إليه العالم أو المجتهد من رأى منسوب إليه هو ولا ينسب أبداً إلى القرآن أو السنة. اللهم إلا النصوص المحكمة قطعية الثبوت والدلالة. وأما النصوص الظنية فى ثبوتها أو دلالتها أو كليهما فحتى إجماع الفقهاء على الأخذ برأى معين فيها فإن هذا الاجتهاد ينسب إلى إجماعهم، ولا يمكن حتى لهم الجزم بأن هذا الاجتهاد هو ما قصده القرآن فعلاً وما قصده الرسول عليه الصلاة والسلام.

ونحب أن نختم هذا الجزء بملاحظة سديدة لأستاذنا الدكتور أحمد كمال أبو المجد مؤداها أن الإرادة البشرية فى مجال الدراسات القانونية تظهر وتتضح من زاويتين مختلفتين :

فهى تظهر أولاً فى الدراسة القانونية نفسها، ثم تظهر بعد ذلك فى البناء القانونى نفسه بعملية التوالد القانونى التى يشير إليها كلسن داخل البناء القانونى. وهى ليست فى حقيقة الأمر علاقة منطقية أو حتى ديناميكية بين قاعدتين ، وإنما فى الحقيقة ثمرة نشاط إرادى للأشخاص الطبيعيين الذين يفضلون هذا التوالد المتتابع من عالم النظر القانونى إلى عالم الواقع الحى عابرين به إلى نطاق الفعل. وفى ضوء هذه الحقيقة ننظر إلى العمل القضائى على أنه خلق إرادى للمراكز القانونية لا على أنه تطبيق آلى للقواعد القانونية. والتنبه إلى هذه المعانى ضرورى كأساس منطقى مبدئى لكل دراسات العمل القضائى[٢].

---

[١] انظر فى تفصيل التفرقة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى والنتائج المترتبة عليها المبحث المتعلق بالمضامين المتعددة لمصطلح "الشريعة الإسلامية " قرب نهاية هذا الباب .

[٢] – د / أحمد كمال أبو المجد : **المرجع السابق** ، ٤٣٢ .

- د/ سعيد الصادق : **المرجع السابق** ، ٣١٢.
- د/ سمير تانغو : **المرجع السابق** ، ص٤٩٧ .

- **الخاصية السادسة : التفسير القضائى وحجية ذات طبيعة خاصة:**

من ناحية أولية، فإن التفسير القضائى فى النظام اللاتينى، والذى ينتمى إليه القضاء المصرى، يقتصر إلزامه على الدعوى التى صدر بشأنها الحكم مستنداً إلـــى ذلك التفسير. وهذا الإلزام لا يمتد إلى الدعاوى الأخرى التى تطرح علـــى ذات المحكمة. وتلك الأخيرة لها أن تعدل عن تفســـير أخذت هى نفســـها به إلى تفســـير آخر ترى أنه أكثر ملاءمة لوقائع الدعوى الجديدة. كما أن التفســـير القضـائى الصـادر عن إحدى المحاكم لا يلزم غيرها حتى ولو كان ذلك التفسير صـــادراً من محكمة النقض. وهذا هو الرأى المســـتقر فى الفقه[1]. إلا أن الواقع العملى يثبت غير ذلك، ذلك أنه إذا اضـــطرد قضـــاء محكمة النقض على الأخذ بتفســـير معين لأحد النصـــوص، فإن ذلك يؤدى إلى اتباع المحاكم الأخرى لهذا التفسير حتى لا تتعرض أحكامها للنقض إذا طعن فيها أمام تلك المحكمة العليا .

ويحقق هذا الإلزام الأدبى مع بقاء الأمر خارج دائرة الإلزام القانونى إلى اســـتقرار القضـــاء وتحقيق العدالة، وهما لازمان لنجاح أى نظام قانونى. هذا فضلاً عن أنهما يبثان لدى الأفراد شعوراً متنامياً بالعدالة والمساواة أمام القانون.

إلا أن اتباع المحاكم الأدنى لأحكام محكمة النقض طالما لا يعد التزاماً قانونياً يجعل من الجائز لهذه المحاكم فى أى وقت أن تخالف تفسير محكمة النقض إذا رأت أنه لا يحقق هدف الشارع. أو إذا ما تغيرت الظروف السياسية أو الاجتماعية للمجتمع بشكل مفاجئ ولم يكن الأمر قد عرض بعد على المحكمة العليا. ومن ثم يبادر القضاء الأدنى المشمول برقابة محكمة النقض، يبادر إلى الاجتهاد فى تعديل تفسير النص الذى طرأت تلك الظروف عليه وينتظر القضاء عرض الأمر على محكمة النقض.

على أن هناك حالة واحدة يكون فيها حكم محكمة النقض ملزماً للمحكمة الأدنى طبقاً للقانون المصـــرى. ويكون ذلك حينما تصـــدر محكمة النقض حكمها

[1] – د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٥٥ .
- د/ محمد صبرى السعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٠ ، ص ٣٣٣.
- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٠٥.
- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ .
- د / عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص ٢١١.
- د / محمد على عرفة : **المرجع السابق** ، ص ١٨٢ ، ويرى سيادته أن المبادئ المستقاة من الأحكام لها قوة التشريع .

بنقض الحكم المطعون فيه، وإعادة الدعوى إلى المحكمة التى صـــدر عنها ذلك الحكم، فيجب على هذه الأخيرة أن تتقيد برأى محكمة النقض عند نظرها الدعوى من جديد ، وذلك فى الأمور المدنية أما مسائل القانون الجنائى، فمازال القانون المصـــرى لا يعرف أى حالة من حالات الإلزام للمحكمة الدنيا حيال المحكمة العليا[1] .

وتجدر الإشارة إلى أن التفسير القضائى فى النظام الأنجلوسكسونى تختلف أحكامه بشـــأن مدى إلزام المحاكم الدنيا بأحكام المحاكم العليا عن النظام اللاتينى[2]، وهو ما والبيناه بالبحث فى المواضع المناسبة من هذه الدراسة .

هذا وقد درج الفقه على دراسة دور المحكمة الدستورية العليا فى التفسير خلال بحث التفسير القضائى من بين أنواع التفسير[3]، وقد رأينا كما أوضحنا فى المقدمة عدم التوسع فى كافة المسائل الفقهية التى عنيت بتفصيلها دراسات أخرى فى علم التفسير ما دامت غير منتجة بالنسبة للبحث الماثل .

---

[1] راجع فى تفصيل الحالات الواردة بالمتن رسالة المستشار الدكتور / محمد منصور : **وظيفة محكمة النقض**، ص٢٥ وما بعدها .

٢ harrisor . B. FAGAN: le juje creat eur de dr dit aux etats - unis , theese , lyon p. ٣٨

[3] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٧ وما بعدها .

المبحث الثالث

التفسير القضائى بين الإلزام وعدم الإلزام

مدى إلزام التفسير القضائى (فكرة السوابق القضائية)[1]

إن القول بإلزام التفسير القضائى من عدمه، وأيضاً المدى الذى يصل إليه هذا الإلزام، يختلف باختلاف النظام القانونى المعمول به، فدور القضاء فى النظام اللاتينى ليس عين دوره فى النظام الانجلوسكسونى.

وفى هذا المبحث نتناول التفسير القضائى بين الإلزام و عدم الإلزام، وبعبارة أخرى نبحث فى مدى إلزام التفسير القضائى. وذلك من خلال مطلبين أساسيين، المطلب الأول: ونتكلم فيه عن مدى إلزام التفسير القضائى فى النظام اللاتينى، والمطلب الثانى: ونلقى فيه الضوء على مدى إلزام التفسير القضائى فى النظام الأنجلوسكسونى.

[1] – د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ .
– د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١١٠،١١١ .
– د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٠٥.

المطلب الأول

مدى إلزام التفسير القضائى فى النظام اللاتينى

فى هذا النظام يقتصر إلزام التفسير القضائى على الدعوى التى صدر بشأنها حكم مستنداً إلى ذلك التفسير، وهذا الإلزام لا يمتد إلى الدعاوى الأخرى التى يطرح على ذات المحكمة، وتلك الأخيرة لها أن تعدل عن تفسير أخذت به إلى تفسير أخر ترى أنه أكثر ملاءمة لوقائع الدعوى الجديدة، كما أن التفسير القضائى الصادر عن إحدى المحاكم لا يلزم غيرها حتى ولو كان ذلك التفسير صادراً عن محكمة النقض[١].

وإذا كان الرأى السابق هو المستقر فقهاً، إلا أن الواقع العملى يثبت العكس، ذلك أن اطراد محكمة النقض على الأخذ بتفسير معين لأحد النصوص يؤدى إلى اتباع المحاكم الأخرى لهذا التفسير حتى لا تتعرض أحكامها للنقض إذا طعن فيها أمام تلك المحكمة، ويرى البعض أن هذا يؤدى إلى استقرار القانون وتحقيق العدالة، وهما لازمان لنجاح أى نظام قانونى، هذا فضلاً عن أنهما يبثان اليقين القانونى لدى الأفراد[٢]، واتباع المحاكم الأدنى لأحكام محكمة النقض لا يعد التزاماً قانونياً، إذ يجوز لهذه المحاكم فى أى وقت أن تخالف تفسير محكمة النقض إذا رأت أنه لا يحقق هدف الشارع .

على أن هناك حالة يكون فيها حكم محكمة النقض ملزماً للمحكمة الأدنى، وهذا الإلزام مصدره نص القانون، ويكون ذلك حينما تصدر محكمة النقض حكمها بنقض الحكم المطعون فيه، وإعادة الدعوى إلى المحكمة التى صدر عنها ذلك الحكم .

فيجب على هذه الأخيرة أن تتقيد برأى محكمة النقض عند نظرها للدعوى من جديد، وذلك فى القضاء المدنى بكافة فروعه[٣]. وأما القضاء الجنائى فقد اقتضت

---

[١] – د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٥٥ .
– د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ .
– د / عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٣.
– د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩،١١٠ .

[٢] – د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ .

[٣] – د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٥٦ .
– د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩ ، ١١٠ وما بعدها .

خصوصية طبيعته فى جعل قضاء الموضوع فيه متحرراً إلى حد ما من أسر آراء قضــاء القانون،أى قضــاء النقض الجنائى[1]. وســوف نوالى هذه المســألة بالشــرح المناسب عند الحديث عن وظيفة محكمة النقض .

– د / هلالى عبد اللاه : **المرجع السابق** ، ص ٤٩٧ .

[1] – د / محمد محمد منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٧ وما بعدها.

المطلب الثانى
مدى إلزام التفسير القضائى فى النظام الأنجلوسكسونى

يعرف النظام الانجلوسكسونى ما يسمى بالسوابق القضائية، وهى الأحكام الصـــادرة عن المحاكم، والتى تتضــمن مبادئ قانونية فى صــدد مســألة معينة، وســاق الفقه أدله عديدة على قيمة الســابقة القضــائية من هذا القبيل ما ذهب إليه القاضـــى **Kent** من أنه إذا كان ثمة حكم يســتند إلى أدلة قوية، وصـــادراً بعد مداولاته جادة ، فإن ذلك يعد قرينة على صـــحته، وعلى المجتمع أن ينظر إليه باعتباره أفعاله وعقوده وفقاً له.

ويقول القـاضـــى **Kent** يفترض أن المحـاكم تطبق القـانون على وقـائع الدعوى تطبيقاً صــحيحاً، وبالتالى فإن الســبب الذى ســاقته المحكمة للحكم فى مســألة معينة يؤدى إلى نفس النتيجة فى الحالات التى تتشــابه مع الحالة الأولى، وذلك ما لم يكن القانون القديم قد تم تعديله.

وبصـــدد أهمية الســوابق القضـــائية فى النظام القانونى الأمريكى، يثير الأستاذ **Gray**، التساؤلات الآتية :

ما قيمة الحكم بالنســبة للمحكمة التى أصــدرته ، وبالنســبة إلى محكمة أخرى من ذات درجتها ؟ هل توجد محاكم تتقيد بأحكامها فقط[١]؟

وبذات الدرجة من السهولة التى يمكن بها الإجابة عن هذه التساؤلات فى النظام الأنجلوســكســونى ، تأتى الإجابة عنها فى النظام اللاتينى وكذلك فى النظام القانونى المصرى .

ويبدو مما سبق أن الإجابات ستكون أحياناً كثيرة متشابهة من جهة الواقع القضائى العملى مهما كان التباين النظرى المبدئى بين هذه الأنظمة القانونية.

---

[١] Harrisor . B. FAGAN ; le juge createur de droit aux etats – unis , these , lyon P. ٣٨

– د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٠٧.

الفصل الثانى

أزمة العدالة الجنائية

(بين وجوب الفصل فى الأقضية ومدى صلاحية النصوص الجنائية للإعمال المباشر وشبهة الأثر الرجعى للتفسير القضائى الخلاق)

- **تمهيد :**

إن وظيفة القاضى الأصلية هى الحكم بالعدل، وهو يقوم بتطبيق القانون ولا يخلقه. ولم يكن متصوراً إثارة مسألة خلق القضاء للقانون لو أن التشريع كان كاملاً لا يشوبه أى نقص، فلو افترضنا كمال التشريع بمعنى أن التشريع يحتوى على حل لكل نزاع يعرض أمام القضاء لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء[1].

وكانت الأفكار المصاحبة للثورة الفرنسية ترى فى التقنين حافظاً لحقوق الإنسان، وعاصماً للفرد من تحكم القاضى، فتعذر تصور مصادر أخرى للقواعد القانونية غير ذلك التشريع الذى أصدرته الأمة ممثلة فى نوابها، وعزز هذا النظر غلو فى مبدأ الفصل بين السلطات ساعدت عليه مساوئ نشأت فى العهد السابق على الثورة من جمع كل السلطات فى يد الملك ، مما استحال معه الاعتراف للقاضى بغير سلطة آلية فى تطبيق القانون بإعطائه قدراً يسيراً من الحرية فى استنباط الحلول القانونية[2]، وترتب على ذلك أن نالت المجموعة الفرنسية المدنية نوعاً من التقديس لدى الفقهاء طيلة القرن الماضى جعلهم يحصرون القانون فى التشريع، ويجعلون من الأخير المصدر الوحيد للقاعدة القانونية، ويتحتم على القاضى من ثم أن يستخلص من النصوص كل الحلول اللازمة لما يرفع إليه من أقضية أو يعرض له من فروض. فالتشريع إذا حسن فهمه وصح تفسيره كاف

---

[1] – **راجع حول فكرة تكملة القاضى للنقص فى النصوص القانونية بصفة عامة :**

- د / عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٢٤٣ وما بعدها .
- د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٧ وما بعدها .
- د /حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص٢٩١ وما بعدها .
- د / سمير كامل : **المرجع السابق** ، ص١٥٧ وما بعدها .
- د /سعيد جبر : **المرجع السابق** ، ص٢٠٦ وما بعدها
- د / سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٤٨٤ .
- د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص٣٧١–ص٦٢٣.

[2] – د / محمد حامد فهمى : **النقض فى المواد المدنية والتجارية** ، ١٩٧٣ ، ص ٦٣ .

لضبط كل الروابط القانونية وينحسر علم القانون تبعاً لهذا فى تفسير صيغة النص أو استجلاء قصد الشارع .

ومع ذلك كله تبقى عملية استخلاص الحلول القانونية من النصوص فى حاجة دائمة إلى النظر والاجتهاد. وهذا الاجتهاد هو ما أسماه فقهاء القانون تكييف الوقائع فى الدعوى، ويريدون به توخى معانى القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى، أى رد هذا الواقع إلى حكم القانون، أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة . وهذه المعانى قد أحاط بها وزاد عليها المفهوم الشرعى للاجتهاد[١].

إن تكييف القانون حادثاً أو أمراً أو عقداً أو تصرفاً، هو تسميته إياه باسم قانونى يجعل له آثار وأحكام قانونية. فتكييف واقعة أخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بأنه سرقة أو تبديد أو خيانة أمانة أو نصب، ومن ثم يطبق على الفاعل مادة العقوبة التى يستحقها على فعلته[٢]. وتظهر أهمية وخطورة دور القاضى فى هذا المجال حين نلاحظ أن الشارع لم ينهج فى وضع الألفاظ القانونية وتيرة واحدة ، فهو أحياناً وبسبب طبيعة الجريمة يستخدم ألفاظاً عامة أو مجازية مكتفياً فيها بما ترسمه عند السامع أو القارئ من صور المعانى التى تتجه إليها الإرادة التشريعية ومثال ذلك جريمة هتك العرض[٣] .

والجدير بالذكر أننا فى هذا الموضع من الدراسة نحاول أن نجتهد اجتهادات جديدة نتناول من خلالها المسائل الخارجية والوصفية لعملية الابتداع القضائى، فنكتفى بإلقاء الضوء على الظروف المحيطة والشروط اللازمة لإتمام القاضى الجنائى لعملية الابتداع القضائى بالشكل الشرعى والقانونى والمنطقى الصحيح . ونرجئ البحث فى عملية الابتداع القضائى من الداخل بأجزائها وأدواتها وما لنا فيها من اجتهاد إلى الباب الأخير من هذه الدراسة .

---

[١] – د / محمد محمد منصور سلطان المرجع السابق ، ص٦٥٢ وما بعدها .

– الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص١٢.

– د / محمود جمال الدين زكى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٣ .

[٢] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص٢٨٨ ، ٢٩٠ ، وأشار إلى مثال السرقة عند فينى وميرل .

(merle et vitu . traite de droit , criminal ,٣ editian ١٨٧٨ p . ٤٥٤)

[٣] د / أحمد فتحى سرور : **النقض فى المواد الجنائية** ، ١٩٩٨ ، ص ٢١٨ .

المبحث الأول

حدود دور القاضى الخلاق عند تطبيق القانون

المطلب الأول

سلوك القاضى و أثره فى تفسير وتطبيق القانون

وإذا كانت المجادلة بين أنصار اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون، أو لا تدور حول مدى اعتبار السابقة القضائية ملزمة للقاضى أم لا، فإن هذا الدور الخلاق للقضاء الذى أشرنا إليه سابقاً يجب الانتباه له، والعمل على جعل هذا الدور نائياً عن التحكم والاستبداد من القاضى، فلن يفيد شيئاً أن نترك للقاضى سلطة مطلقة عند تطبيقه النص بدعوى أن ينسب تفسيره للنص إلى المشرع أو إلى إرادته الضمنية أو المفترضة أن الاعتراف بدور القاضى الخلاق هو الخطوة الأولى فى محاولة إعانته بوسائل قانونية وفنية فى ابتداعه الحلول الجديدة ، وكذلك الكشف عن الصعوبات التى تواجه ومحاولة تذليلها .

ويلاحظ على الفقه القانونى فى البلاد التى تعتبر السابقة القضائية مصدراً للقانون أن الدراسات التى أقاموها على تحليل ذلك السلوك تتميز بالثراء والسعة والاهتمام بالتفاصيل، مما يجعل هذه الدراسات ذات نفع كبير فى تطوير نظامنا القضائى والقانونى بصفة عامة. ولا يفيدنا شيئاً المجادلة حول دور القضاء نظرياً فى تطبيق القانون، وأن نردد أنه ملزم بالتطبيق دون الخلق أو أن تفسيره يجب أن يبحث فيه عن إرادة المشرع، ونجلس فى اطمئنان مادام القاضى لا يدعى ولا يصرح فى حكمه بأنه يبتدع. أو أن يفسر النص تفسيراً يحمل إرادة المشرع ما لا قبل لها به، ويتعرض لما لم يكن ليدور فى ذهن المشرع عند وضعه النص . ومن الفقهاء من يرى أن ما يسمى تفسيراً لا يثور إلا عندما تكون المسألة محل البحث بعيدة عن مجال القانون المراد تفسيره، وبالتالى يكون السؤال أمام القاضى ليس هو ماذا أراد المشرع، حيث أن المشرع لم يرد شيئاً فى هذا الخصوص، وإنما هو ماذا يعتقد القاضى أن المشرع كان سيريد لو فطن إلى هذه المسألة عند وضعه التشريع. وهو رأى يجعل من التفسير دائماً عملية خلق لقواعد جديدة. وأن استخلاص القاعدة القانونية من مصادرها المعتمدة عملية منطقية، إلا أن هناك كثيراً من الاعتبارات الشخصية وغير المنطقية بصفة عامة تؤثر على هذه العملية[1].

---

[1] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ١٥٩ .

وبالرغم من أن الصياغة الجامدة تبدو ظاهرياً أنها يمكن أن تتجنب تحكم القاضى وتحديد سلطته التقديرية، إلا أن القاضى وهو يفسر القواعد القانونية الجامدة أيضاً يعمد إلى تطويرها وتطويعها بما يتفق مع حاجات المجتمع الجديد. إلا أنه يعمل ذلك تحت ستار تفسيره لها، وهو لذلك لا يصرح بهذا التعديل .

ومن هنا نستطيع أن نتصور مدى سلطة القاضى حيال القاعدة القانونية التى يطبقها. فمن النادر أن توجد قواعد لا يعمل القضاء على تطويرها وتعديلها تحت ستار التفسير، إذا كانت صياغتها جامدة لا تتلاءم مع الأوضاع الجديدة. وذلك لأن جمودها جعلها فى حالتها الأولى قبل أن يتناولها القاضى بالتطبيق، تبدو غير صالحة للتطبيق على الدعوى أو تطبيقها من شأنه أن يحدث آثاراً لا تتفق مع نظرة القاضى إلى التشريع بوصف الأخير محققاً للعدل. إن الملاحظات السابقة توضح إلى أى مدى يتدخل العنصر الذى يقوم بالتطبيق فى تحديد معنى ومضمون النص، ففى حالات الغموض أو نقص التشريع أو تضاربه هناك جهد خلاق يبذل لا يجوز إنكاره فى رفع التضارب وحل الغموض وتكملة النقص فى التشريع يقوم به القاضى، وهو فى هذا يعد مجتهداً فى القانون .

وإذا كانت المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى قد أغفلت ذكر القضاء من بين مصادر القانون، فإن هذا الإهمال لا يمكن أن يؤثر فى ضرورة الاعتراف بالأمر الواقع. فالاعتراف بمصادر القانون ليست مسألة تقويمية يرجع فيها إلى نصوص القانون الوضعى بل يرجع فيها إلى الواقع القانونى الفعلى. وعلى ذلك لا يمكن الاعتراف بوجود قواعد قانونية قضائية إلا إذا كانت هذه القواعد أمراً واقعاً يمكن التحقق من وجوده . والمشاهد فى مصر وفرنسا أن عدداً أكبر من الفقهاء يعتبرون القضاء مصدراً من مصادر القانون مستدلين على ذلك بما استقرت عليه عبارات المحاكم ومحكمة النقض من أن قضاءها هو واجب الاتباع، ومن ذلك عبارة محكمة النقض المصرية فى قولها "وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ..." بما فيه من إفصاح عن سلطتها المبدعة فى هذا الشأن[1]. ومما هو أبلغ فى إيراد المعنى السابق اضطراد المحكمة العليا على الإشارة إلى المبادئ التى ترسيها وتلزم المحاكم بالسير عليها بالقول: "من المقرر ... "، " ولما كان من المقرر ... "، ولا نقصد المحكمة بهذه "المقررات " الملزمة سوى المبادئ القضائية التى وضعتها وتسير عليها.

---

[1] د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٥٠٠.

وأيضـاً نحن هنا لسنا فى مجال المناقشـة حول القضـاء كمصـدر رسـمى للقـانون أم لا، فـالعبرة عنـدنـا بـالواقع ليس فقط فى مجـال تكملـة النقص فى النصـــوص ولكن فى مجال تفســـيرها. وقد رأينا اختلاف الحلول حول معنى الألفاظ، ورأينا فى التكييف أن القاضـى يستعمل سلطاته. ومن ثم يدخل الأفعال المؤثمة فى المجال القانونى لها فى حالة ما إذا كانت هناك أوصـاف أو ألفاظ لم يعرفها الشارع ويكون قوله فى ذلك هو الفصل.

إن هنا كانت أهمية محكمة النقض فى العمل على توحيد تفســير القانون، وعلى رقابة التكييف لتضـــع نوعاً من النظام الثابت تهتدى به المحاكم عند تطبيقها للقوانين .

وأن هناك عديداً من الدراســات التى تبرز الفرق بين ظاهر النصـــوص التشريعية، وما تفعله المحاكم باسم هذه النصوص واستناداً عليها، وكان ظهور الاتجاه الاجتماعى فى القانون. وذلك بهدف تحرير الدراســات القانونية والبحث القانونى بصـــفة عامة من آثار مســلكين مختلفين: **أولهما** : المغالاة فى رفض التفسير المؤسس على قواعد المنهج المنطقى والاقتصـاد على الجانب الشكلى، **وثانيهما**: المبالغة فى التفسـير المنطقى الباحث عن روح العدالة وذلك بالتسـتر وراء القانون للدفاع عن أهداف مثالية أو تقويمية معينة. وكان لهذا الاتجاه الأثر الكبير فى بيان أساس عملية وضع القوانين وتنفيذها تنفيذاً فعلياً. وكان لهذا أكبر الأثر فى زيادة الاهتمام بعملية الصــياغة القانونية لتحويل الحاجات التشـريعية إلى قواعد قانونية صحيحة[1].

كما قامت عديد من الدراسـات التى تظهر تأثير الوظيفة القضـائية على من يعين فيها. وهو ما يعرف بالسـلوك القضـائى وأثره فى الوصـول إلى الأحكام، وهى دراســات على جانب كبير من الأهمية ، فهى تعطينا الســبيل للبحث عن أفضل الحلول لكى يكون القرار القضائى قراراً متفقاً مع واقع الحياة فى المجتمع وداعياً أيضاً إلى وجوب الاهتمام بالنص حتى لا يضيع المعنى الحقيقى له وسط تفسيرات وتأويلات المحاكم .

وهذا الاتجاه هو الذى ندعو إليه ذلك بأنه هو الذى ينادى بالاهتمام بواقع حياتنا القانونية، وما يمثله القضــاء فيها من عنصــر فعال فى إنفاذ القواعد القانونية، وتحديد مدى ونطاق هذا النفاذ. ويجب أن نشـير إلى أن ما يثبته الواقع العملى من حقيقة وحتمية الدور الخلاق للقاضـــى الجنائى مثله فى ذلك مثل القاضـــى المدنى والقاضـــى الإدارى، إنما يؤكد ضــعف حجج المتمســكون بالنظريات التقليدية من الفقهاء والقضاة المصريين والفرنسيين، سواء فى مجال

---

[1] أستاذنا د / أحمد كمال أبو المجد : **المرجع السابق** ، ص٤٣٢ .

تحديد مفهوم الشرعية الجنائية، أو فى تحديد مدلول مبدأ الفصل بين السلطات. ونخلص من ذلك إلى رجحان المفهوم المتكامل والمتطور للشرعية الجنائية ، وترجح النظرة النسبية الموضوعية الغائية لمبدأ الفصل بين السلطات.

إن كثرة صور القصور التشريعى المشهودة والمتزايدة وأخطرها حالة النقص التشريعى يجب أن يؤدى إلى الاعتراف للسلطة القضائية بالحق فى تكملة هذا النقص، ولو أدى ذلك إلى خلق قواعد قانونية جديدة بضوابط الشرعية المرنة ذات الأبعاد المتكاملة. وكذلك فى ظل مفهوم نسبى لمبدأ الفصل بين السلطات يتغيا تحقيق المصالح القانونية المستهدفة من تقريره. والجدير بالملاحظة هنا أن المفهوم التقليدى لمبدأ الشرعية ومبدأ الفصل الجامد بين السلطات يفوتان على المجتمع المصالح القانونية المستهدفة منهما، وقد بسط الفقه المعاصر الحجج على ذلك وحسبنا الإشارة[1].

وقد ذهب البعض بحق إلى اقتراح وضع نظام قانونى يتيح لآراء محكمة النقض وأحكامها أن يكون لها أثراً مماثلاً لآراء المحكمة الإدارية العليا فى القضاء الإدارى من حيث وجوب الالتزام بقضائها وأحكامها، وأن تعطى لجهة قضائية كالنيابة العامة مثلاً سلطة مشابهة لسلطة هيئة مفوضى الدولة فى الطعن على الأحكام من تلقاء نفسها إذا خالفت أحكام محكمة النقض. وذلك لنشر نوع من الاستقرار فى تفسير الأحكام، وليتيسر على المتقاضى أن يعرف مقدماً المبادئ التى يجب على القاضى اتباعها، والمشرع فى ذلك يملك بما له من سلطة التفسير التشريعى، ووضع القوانين أن يقوم ما يراه شططاً فى اتجاه المحكمة العليا[2].

ويجب أن يفهم الاتجاه السابق الذى نرجحه فى إطار الحفاظ على المبدأ العام ألا وهو أن الأصل كون المشرع هو السلطة المختصة بوضع القوانين، وأن القضاء منوط به تطبيق هذه القوانين. كما أن المشرع منوط به أيضاً أن يراعى التطورات الاقتصادية والاجتماعية التى تسود المجتمع من ناحية، وأن

---

[1] راجع بالنسبة لمفهوم مبدأ الشرعية التقليدى والانتقادات الموجهة إليه وترجح المفهوم المرن المتكامل فى الفقه الجنائى المعاصر ما سبق بالباب التمهيدى .

وراجع فى مدلولات مبدأ الفصل بين السلطات والاستثناءات الواردة عليه فى الفقه التقليدى والحديث مؤلف أستاذنا الدكتور / ثروت بدوى : **النظم السياسية** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ ، ص ٩٠ وما بعدها ، ومؤلف أستاذنا الدكتور / عبد الحميد حشيش : **النظم السياسية والقانون الدستورى** ، دار النهضة ، ١٩٧٨، ص ٧٨ .

[2] د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٤٩٧ .

يضـع القوانين الواضـحة الدقيقة المعبرة عن هذه المصـالح المتطورة من ناحية أخرى. فإذا تقاعس عن ذلك وصدرت عنه قوانين ضعيفة الصياغة ومتضاربة لا نقاش فى أن القاضـى يملك هنا سـلطاناً واسـعاً فى تطبيق هذه القواعد، وللمشـرع أن يفصـح عما أراده بعد ذلك فى صـورة تفسـير تشـريعى، أما فى الحالات التى يصوغ فبها المشرع قوانين صياغة مرنة، فإنه بذلك يكون قد أراد ضمنياً منح القاضى سلطة تقديرية واسعة فى تفسير النص وتأويله وتطبيقه بما يحقق الهدف الأسمى من الوظيفتين التشريعية والقضائية ألا وهو العدل فى كل حالة فردية على حدة .

المطلب الثانى

عمل القاضى بين تفسير النص وتكييف الواقعة

أولاً : دور القاضى فى التفسير:

إن دور القاضى فى التفسير يمتد ليشمل جميع أحوال معالجة النص فى حالة غموضه وكذلك يشمل حالات التعارض التى تظهر له بين النصوص المنطبقة على الوقائع المعروضة عليه، وقد بحثنا فى الباب التمهيدى حالات غموض النص والحلول التفسيرية لها من خلال دراستنا لأنواع البيان عند علماء أصول الفقه الإسلامى، ورأينا مدى التزام محكمتنا العليا بمقتضاها .

وأما أحوال التعارض وحلوله الأصولية ، ومدى التزام محكمة النقض بها فقد خصصنا لها مبحثاً مهما فى الباب التالى فى الموضع الذى نراه مناسبا لهذه الدراسة. وغايتنا فى هذا الموضع تبيان الصلة الوثيقة والتداخل الحتمى بين التفسير والتطبيق عند ممارسة القاضى لعمله، وهو ما يميز التفسير القضائى بصبغة معينة من باقى أنواع التفسير.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى إلحاق حالة نقص التشريع، ومواجهة القاضى لها بحالات تفسير النص ، فيعرفون تفسير التشريع بأنه توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة. وعلى ذلك كان التفسير عند الفقه التقليدى المصرى يتضمن تكملة النص وإزالة غموضه[1].

ويرى البعض أن هذا التعريف للتفسير إنما يتضمن جزءاً كبيراً من عمل القاضى فى تطبيق القانون دون تفسيره. ذلك أن التفسير الحقيقى، عند هذا الرأى، إنما يكون بإظهار الإرادة الصريحة للمشرع دون غيرها، وهو ما لا يتحقق إلا فى حالة النص الواضح الصريح .

أما فى حالة غموض النصوص أو تناقضها، فإن عمل القاضى فى البحث عن إرادة المشرع الضمنية أو المفترضة هو تحميل المشرع ما لم يقل. والدليل على ذلك أنه فى كثير من الحالات تتباين الحلول التى تأخذ بها المحاكم فى تفسير النصوص الغامضة. ومن الأمثلة التى يسوقها أصحاب هذا الرأى

---

[1] - د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٩٥ .
- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٨٧.
- د /كمال الجوهرى : **المرجع السابق** ، ص ٦٥ .

اختلاف المحاكم فى تحديد المقصـــود مثلاً بلفظ الليل كظرف مشـــدد فى جرائم السرقة،ويتساءلون أى تلك المعانى هو المعبر عن إرادة المشرع[1].

ونحن نرى عدم صـــحة هذا الرأى ذلك بأن اختلاف المحاكم فى مدلول ألفاظ نص ما لا يخرج هذه الاجتهادات من دائرة التفسير. كما أننا أوضحنا عدم صـــحة الرأى القائل بأن لكل لفظ معنى واحد يحتمله فى اللغة، وبينا سـر الخطأ فى نقل هذا الرأى عن فقهاء قانون غير مكتوب بلغة غير اللغة العربية الثرة. ومن ثم كان من الخطأ وعدم الدقة القول به فى محيط تفسير النصوص المصاغة باللغة العربية .

وأخيراً فإن المفسـر عليه أن يبحث عن الإرادة التشـريعية وليس عن إرادة واضـــعى النص، وعلى هذا اســـتقر جمهور الفقهاء المعاصـــرين فى القانون الجنائى وباقى فروع القانون أيضاً[2].

كمـا أن من الفقهـاء من يوافق فعلاً على الأخـذ بمفهوم الموافقـة، ومفهوم المخـالفـة للعمـل على إيجـاد الحـل الواجـب الاتبـاع. فى حين أن كلاً من مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة هى من الوسائل البينية الدلالة على أن نية المشرع هذه لم يكن لهـا وجود. ذلـك أن مفهوم الموافقـة، وهو من دروب القيـاس، يعنى أن يستنبط المفسر حكماً لواقعة غير منصوص عليها لأن العلة تتحقق فيها .

هناك أيضـاً الاسـتنتاج من باب أولى، أو قياس الأولى، وهو أن تكون هناك حالة منصـوص عليها، وعلة الحكم أكثر توافراً فى حالة أخرى غير منصـوص على الحكم فيها، فينســـحب الحكم على الحالة غير المنصـــوص عليها من باب أولى.

ومثال ذلك فى القانون الجنائى تخفيف وصـــف القتل فى حالة ما إذا فاجأ الزوج زوجته متلبســـة بجريمة الزنا فقتلها، بجعل جريمة القتل فى هذه الحالة جنحة لا جناية (م٢٣٧عقوبات)، ووجه الاســـتدلال بالقياس الجلى لو أن زوجاً فاجأ زوجته متلبســـة بجريمة الزنا، ولم يقتلها وضـــربها ضـــرباً جلب لها عاهة مستديمة فإن هذه الجريمة تعتبر جنحة لا جناية من باب أولى[3].

---

[1] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ١٦٥ .

[2] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٨٧.

[3] وقد استقرانا قضاء محكمة النقض المطبق لفكرتى " **من باب أولى** " **و** " **بالضرورة** " فى مجال تفسير النصوص الجنائية باعتباره من أوجه التوسـع فى التفسـير أو القياس وهما من جوانب الابتداع القضـائى وذلك بالباب الثالث من هذه الدراسة .

وهناك أيضاً تطبيق حكم القليل على الكثير، بمعنى أنه ما كان قليله ممنوعاً، فكثيره ممنوعاً من باب أولى، ومثال ذلك إذا كان القاصر ممنوعاً من التصرف بعوض فليس له أن يتصرف بدون عوض من باب أولى[1].

وأخيراً فإن هناك مفهوم المخالفة، وهو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم فى الحالة المنصوص عليها لاختلاف العلة فى الحالتين. وذلك إما لأن الحالة المنصوص عليها هى جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها، ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٩٣ مدنى مصرى من أنه إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد، ويفيد ذلك بمفهوم المخالفة أنه إذا لم يتعين ميعاد للقبول جاز للموجب العدول عن إيجابه. ويجمع الفقه على ضرورة الحذر فى الأخذ بمفهوم المخالفة، لأن سكوت المشرع لا يدل بذاته على شىء.

وتجدر هنا الإشارة إلى أن جانباً من الفقه الجنائى يرفض الأخذ بمفهوم المخالفة وكذلك الأخذ بمفهوم الموافقة أيضاً، وذلك لأن الأساس فيهما هو رأى القاضى كما يرى هذا الجانب من الفقه، وهو ما تكفلنا بالرد عليه فى أكثر من موضع فى هذه الرسالة[2].

ثانياً : دور القاضى فى التكييف[3]:

ومن المعلوم أن بعض فقهاء الأصول يعتبرون القياس من بابا أولى داخلاً فى إطار مفهوم الموافقة ، راجع فى تفصيل المسألة الباب الثالث .

[1]- د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٤٠٥ –٤٠٦ .

- نقض جنائى جلسة ١٣-١٢- ١٩٦٣ مج الجنائية س١٣ رقم ١٧ ص٣٥٤ .
- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص ٨٦ وما بعدها .
- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٥٥،٥٤ .

[2] – د / حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص٢٧٠ وما بعدها .

[3] – د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص٢٧٤، ٢٧٥ .

- د / محمد زكى أبو عامر : **المرجع السابق** ، ص٢٩٥ .
- د / محمد محمد مصطفى : **المرجع السابق** ، ص٣٠.
- د / أحمد فتحى سرور : **المرجع السابق** ، طبعة ١٩٩٨ ص٢٣٣. أشار فيه إلى رأى فينى وميرل إلى مثال (السرقة) ، فهذه الواقعة لا يجوز تكيفها فى وقت واحد باعتبارها سرقة وإخفاء أشياء مسروقة ،

إن الدعوى تعتبر أمام المحكمة خليطاً من الواقع والقانون، والقاضـــى عند تطبيقه للقانون لا يجد نفســه أمام نصـوص تحتاج إلى التفسـير والتطبيق، وإنما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية، وهو أيضاً فى تفسيره للواقعة وتطبيقها لا يضع بحثاً قانونياً مجرداً، وإنما يفصل فى دعوى محدده لها ظروفها الخاصـــة ووقائعها الذاتية، مما يؤثر فى تحديد كلمة القانون .

وإذا كان الأمر كذلك خليطاً من الواقع والقانون وظروف خاصـــة بكل دعوى، فإن القاضى يحتاج كل الاحتياج إلى ممارسة نشاط فكر يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الأمر. فالقاضى متى أتم فهم الواقع فى الدعوى، فإنه يبحث عما يجب تطبيقه أى تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع. والمصـــطلحات والعبارات القانونية ذات الصلة بالواقع انقسم بشأنها الفقه إلى قولين: إن الألفاظ ذات المعانى القانونية يســتطيع القاضـــى ربطها بواقع الدعوى، وتكييف هذا الواقع بها بنوع من الاجتهاد مثل النظر والتفسير والاستنتاج والتجريد إلى غير ذلك من وسائل الاجتهاد، فى تفسير القانون فيكون التكييف على موجب ومدلول هذه الألفاظ تكييفاً قانونياً. ومن ثم يخضع لرقابة محكمة النقض .

أما الألفاظ الأخرى التى لا ســبيل لتحديد معناها وربط هذه المعانى بواقع الدعوى إلا شعور القاضى بقيام هذه المعانى فى واقعة الدعوى، فيكون التكييف شـــعورياً يجب إخراجه عن نطاق رقابة محكمة النقض، ومثال ذلك الإهانة الشـــديدة فى أســـباب التفريق بين الزوجين، ومثل ذلك الوســـائل الاحتيالية فى جريمة النصب .

غير أن الرأى الراجح فى الفقه يذهب إلى أن التكييف هو رد فهم الواقع فى الدعوى إلى فهم حكم القانون لهذا الواقع، فلا يهم فيه أن يكون ثمة ألفاظا قد عرفها القانون وألفاظاً أخرى لم يعرفها، لأن المهم للقاضـــى فى نهاية الأمر أن يجيب نفســـه عما إذا كان حاصـــل فهمه فى واقع الدعوى بما اجتمع فيه من عناصـــر وبنود وشـــروط، يمكن أو لا يمكن إدخاله تحت حكم القاعدة القانونية الواجب تطبيقها عليه[1]، فإذا كانت الواقعة ســـرقة مثلاً ســـواء عرف القانون

ذلك أن السـرقة تفترض حيازة الأشـياء المسـروقة بنية التملك ، وإدانة المتهم عن السـرقة تعنى ضـمناً حيازته لهذه الأشياء .

[1] د / محمد محمد مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٨٥ .

- grim, ٥ meui ١٩٦٦ bull no ١٣٩
- coneurs de qualifi catians

أركانها واحداً ولم يعرفها، فالقاضى بنظره الفقهى أو المنطقى أو الشعورى فى نهاية الأمر ملزم بالقضاء فى موضوع بالعقوبة أو البراءة برد حاصل فهمه فى كل ركن من أركان التهمة إلى ما يجب فهمه من حكم القانون فى مقابلة من أركان جريمة السرقة ، ولن يتم له ذلك إلا بتحديد معانى الألفاظ التى استعملها القانون أياً كان نوعها، وربط فهم الواقع بهذه المعانى بعد تحديدها وتعريفها .

ونحن نؤيد هذا الرأى وبالإضافة إلى ما تقدم من حجج فإنه إذا أريد بالتعريف أن يقوم الشارع بالتحديد الاصطلاحى على وجه يبرز صور جميع المعانى التى يمكن أن يشملها الألفاظ أو العبارات القانونية، فليس فى القانون ما يصح أن يقال أنه قد عرف هذا التعريف. فجريمة السرقة التى قد عرفها الشارع بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير ليس بالتعريف الشامل والجامع ، ولا يزال القاضى بحاجة إلى معرفة ما هو الاختلاس، وما المال، وما المنقول، وما معنى أن يكون مملوكاً للغير.

وأخيراً فإذا كان الشارع لم يتناول الكثير من الألفاظ التى استعملها بالتحديد الاصطلاحى، فذلك لنزوله فى بعض منها على اصطلاح الفقهاء ولاكتفائه فى بعضها الآخر بما لها من مفاهيم فى وضع اللغة، أو فى مجرى الحياة العامة أو فى اصطلاح علوم أو فنون مختلفة.

ومن العرض السابق يتضح أهمية دور القاضى فى تكييف الوقائع المعروضة، ونعت القانون لهذه الوقائع وهو دور خلاق بلا شك يتطلب من القاضى أن يصل بالتكييف إلى تكوين رأى قانونى فى الادعاءات المتقابلة والمتناقضة فى طيات الخصومة التى يفصل فيها .

ولما كان أداء هذه الوظيفة ضرورياً لسير النظام القانونى، كان لابد من تزويد العمل القضائى بالقوة اللازمة لهذا الغرض، وتتمثل فى فرض رأى القاضى على الخصوم، وهكذا لا يصبح الرأى الذى ينتهى إليه القاضى مستنداً إلى قوته المنطقية وحدها بل إلى قوة قانونية تكسبه صفته الموضوعية.

فالتكييف كعمل قضائى إعلان عن إرادة القاضى، ولا يجدى فى هذه الإرادة القول بأن القانون هو الذى يرتب على الحكم حجية الأمر المقضى، وذلك تماماً مثلما أن القانون هو الذى يرتب على العقود والنظريات القانونية آثارها، دون أن ينكر أحد وجود الإرادة فى التصرف القانونى، فإن ما يفرضه

يسمى بالتزاحم أو التسابق بين الكيوف مشار إليها فى الوسيط الدكتور / أحمد فتحى سرور : **المرجع السابق**، الجزء الثالث ، ص٢٧٤ .

- د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٦ .

القاضى على الخصوم ليس هو المركز الموضوعى، وإنما هو رأيه عن المركز الموضوعى. ومن جهة أخرى فإن القانون نفسه يخول القاضى دائماً قدراً معيناً من الحرية أى السلطة التقديرية فى تكوين هذا الرأى، فهناك ما يسميه البعض بإرادة القاضى المكيف، وإذا كانت الدولة هى تشخيص القانون، فإنها لا تتصرف أو تريد أو تأمر، إلا عن طريق أعضائها، والقاضى هو عضوها القضائى أى أداتها فى الوظيفة القضائية، ولذا فإنه هو الذى يفرض لها وباسمها الرأى القضائى على الخصوم[١].

- **رأينا فى المسألة :**

والخلاصة أن مقتضى التفسير والتطبيق، عندنا، أن التفسير عملية تبدأ بجهد عقلى للكشف عن الإرادة التشريعية من النص، فإن بان من هذه الإرادة امتدادها لما لم تحط به ألفاظ النص وجب على القاضى إعمال مقتضاها بشتى الوسائل والأساليب التفسيرية التى يمده بها علم أصول الفقه وعلوم اللغة والمنطق القانونى، ثم تتداخل مع تلك العملية التفسيرية عملية التطبيق فيعمل القاضى كافة ملكاته الوهبية والكسبية للإحاطة بالوقائع وتكييفها بإنزال الحكم القانونى الصحيح عليها.

والحد الفاصل بين عمل القاضى بشقيه المتداخلين، وأعنى بهما التفسير والتطبيق، وبين عمل المشرع الذى يتوجب على القاضى الوقوف على تخوم حرمه ولا يلج فيه، ذلك الحد بين التفسير الواسع بشتى صوره وبين التشريع هو الذى تكفلنا بوضع معيار جديد يحدده، وأقمنا الحجج منتصرين له فى الباب الأخير من هذه الدراسة .

لقد أوضحنا فيما سبق غالبية العناصر التى يعتمدها الفقه كأساس لدور القاضى فى التفسير والتكييف، ونود أن نشير إلى أن القياس بأنواعه المختلفة فى الفقه هو عمل خلاق من جانب القاضى. وهو ما سندلى فيه بقسط وافر عند الحديث عن المعيار الذى نقترحه للتفرقة بين نوعى القياس، والتفسير الواسع سواء فى القانون أو فى الشريعة الغراء فى الباب الأخير من هذه الدراسة.

---

[١] د / أحمد فتحى سرور : **النقض فى المواد الجنائية** : **المرجع السابق** ، ص٢١٨.

المطلب الثالث

التفرقة القانونية بين سلطة القاضى وسلطة المشرع على النص التشريعى

يهمنا فى هذا الجزء إبراز أن القاضى له دور مؤثر وخطير فى تفسير القانون وتطبيقه، وليس فى بحثنا مجال لمحاولة المقارنة بين دور المشرع ودور القاضى، وما انتهى إليه البعض من أن القاضى هو مشرع فى خصوص القضية المنظورة أمامه[1]. إن ما يهمنا هنا ليس المفاضلة أو المقارنة بين دور كل من القاضى والمشرع، إنما هو إبراز دور القاضى على حقيقته. وهذا لأن هذه السلطة الأولية للقاضى فى تفسير القانون وتطبيقه هى سلطة ملازمة للقاضى أثناء أدائه لمهمته الدستورية وكذلك عند تعامله وتفاعله مع السلطات الأخرى فى الدولة ، فهى ملازمة للقضاء لا يستغنى عنها، ولا يمكن له العمل بدونها، وقد تتسع أو تضيق، ولكن كل ذلك راجع إلى مسلكه هو كمطبق أمين للقانون.

ونود أن ننوه أن أكثر المبادئ التى جعلت الفقه والقضاء نفسه متخوفاً من الاعتراف بدوره الخلاق هذا هو مبدأ الفصل بين السلطات. ذلك المبدأ الذى يعنى أن سلطة التشريع هى للمشرع فقط دون القاضى فلا يصل فى ابتداعه عند قيامه بالتفسير والتطبيق إلى أن يكون قد شرع. وهذا المدلول الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات قد هجره الفقه وأجرى عليه الكثير من الاستثناءات الحتمية كما سلفت الإشارة. إن الفصل الجامد بين السلطات فوق ما تقدم هو قول لا يتفق وحقيقة الواقع، فالقاضى حتى يبتدع فإن نطاق ابتداعه يبقى محصوراً فى المنازعات المقامة أمامه ولا يمتد إلى غيرها. ومن ناحية أخرى فإن التشريع بصفتيه العمومية والتجريد اللتين تصاحباه يبقى له من القوة ما ليس للحكم القضائى.

فلا مجال إذاً للقول بأن القاضى ينازع المشرع سلطته فى التشريع. أن سلطة التشريع لها من الصفات والخصائص مالا يتوافر لسلطة القاضى. فضلاً عن أن جميع المدارس التى تأخذ بالمذاهب الاجتماعية والتى تريد إعطاء حرية للقاضى فى الابتداع تتفق على حد واحد لا ينبغى للقاضى أن يتعداه، هو عدم

---

[1] د/ محمد نور فرحات : الوضعية والفصل بين القانون والأخلاق ، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** ، العدد الثانى يوليو ، السنة العاشرة ، ١٩٦٨.

- د / محمد شوقى السيد : **التعسف فى استعمال الحق ، معياره وطبيعته فى الفقه والقضاء** ، ١٩٧٩ ، ص٣٠٨ .

تجاهل أوامر المشرع ونواهيه وآراؤه الصريحة. فكل مجال ابتداع للقاضى هو فى أحوال غموض وتضارب وقصور ونقص التشريع. فالأصل باق وهو حالة وضوح النص وانطباقها على الحالة المعروضة. وعلى هذا استقر قضاء محكمة النقض الموقرة من أن "النص الواضح الجلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه، لا يجوز الخروج عليه أو تأويله"[1]. وما عدا ذلك فيمكن القول ففيه ثمة تفويض من المشرع للقاضى بالاجتهاد، وليس فى هذا هدماً لمبدأ الفصل بين السلطات، إنما تكريساً للمبدأ فى إطاره الصحيح والاتجاه السائد فى الولايات المتحدة بين الفقهاء والقضاء هو أنهم يعترفون فى نظامهم بالسوابق القضائية، ويجعلونها مصدراً رسمياً من مصادر التشريع فى حالة عدم وجود نصوص تشريعية، وتأخذ هذه القواعد القضائية قوتها ويتوجب التزام المحاكم الدنيا بهذه السوابق ومن ثم يمكن القول أنه إعطاء القضاء لسلطة تشريعية من نوع خاص .

وهكذا فى ظل أقصى تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات يمكننا أن نجد للقضاء مركزاً هاماً فى عملية صنع القانون، وفى نفس الوقت بما لا يخل بهذا المبدأ. ومن هنا ننتهى إلى أن للقاضى سلطاناً عظيماً على النص التشريعى دونما أن يتطرق إلى فكرة الانحراف سواء بالحق أو السلطة الممنوحة له، فالواقع العملى والسند العلمى سابق البيان كلاهما يبرر أن للقاضى سلطة وقدرة على تطويع النص ليلائم مختلف الظروف التى تعرض عليه. حيث يخرج فى كثير من الأحيان عن نطاق التفسير إلى الابتداع .

ومن هنا ننتهى إلى زيف الادعاء بأن إعطاء القاضى سلطة تكملة النقص التشريعى سيعطيه قوة تجعله يتفوق على السلطة التشريعية. ذلك بأن السلطتين تؤديان عملهما ولا وجه للمقارنة بينهما فى هذا الصدد. وهذا الأمر يختلف عما انتهى إليه الفقه الدستورى بشأن العلو الممنوح للقضاء الدستورى على السلطة التشريعية لكى يتمكن من الرقابة على هذه الأخيرة ومنعها من الانحراف التشريعى. فحقيقة الواقع أن له هذه القوة وأنه يملك سيطرة على النص يجعل له القول الفصل فيه[2].

---

[1] الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٠

[2] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ١١٠.

المبحث الثانى
الطبيعة القانونية لسلطة الابتداع
وقيودها فى مجال القضاء الجنائى

- **<u>تمهيد:</u>**

يثير بعض الفقه فكرة هامة مؤداها الخوف من عدم استقرار المتقاضين إذا تركت مصائرهم بين يدى قضاء لا يُعرف، حتى على وجه التقريب ، طريقة تفسيره للقانون خاصة الجنائى[١] .

وقد وصلت هذه المخاوف إلى حد أن هوجمت فكرة ابتداع القضاة من أساسها. وفى هذا الإطار لفت نظرى تلك المقارنة التى عقدها جانب من الفقه بين مجلس الدولة الفرنسى، والمحكمة العليا الأمريكية كسلطتى حكم! وقد تساءل عما إذا كان هناك تناقض فى التحدث عن ظاهرة "حكومة القضاة" فى دولة يعلن فقهاؤها شعور الكراهية التقليدى ضد أى عدوان على سيادة القانون، فى الوقت الذى أعلن فيه الثقاة من المتخصصين فى النظم الأمريكية انتهاء "حكومة القضاء" عندهم.

غير أن **Rivero** يدفع هذا الاعتراض بقوله إنه إذا انصرفت المقارنة إلى الناحية الظاهرية بين نشاط المحكمة الأمريكية العليا، من حيث رقابتها على دستورية القوانين، وبين نشاط مجلس الدولة الفرنسى، فى الرقابة على شرعية القرارات الإدارية، فإن مثل هذه المقارنة الشكلية تكون غير مجدية على الإطلاق.

ولكن حكومة القضاة لا تنحصر، فى نظره، فى شكل واحد هو الأسلوب الذى تسيطر به فى الولايات المتحدة. "ذلك أننا إذا تجاوزنا عن الشكل الذى يتبدى فيه هذا النظام ونفذنا إلى جوهره، فإننا نستطيع أن نقرر أن ما يميزه هو أنه على خلاف المبدأ السائد، باعتبار القانون ثمرة الإرادة القومية، يفسح المجال لنشاط القاضى لتأكيد وجود مجموعة من المبادئ المستقلة عن كل قاعدة مكتوبة، والتى تكون، بصورة ما، فلسفة الأمة السياسية، وهو باعتباره حامى هذه الفلسفة يُعتبر فى الواقع خالقها، لأنه هو الذى ينقلها إلى القانون الوضعى عندما يزودها بجزاء".

---

[١] أنظر فى تفصيلات هذا السجال العلمى الطريف وأقوال الفقهاء الغربيين المشار إليها فى المتن مؤلف د/ محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ١٦٥ وما بعدها .

ولهذا يرى **Rivero** أن مجلس الدولة الفرنسى، كالمحكمة العليا الأمريكية، يهدف منذ عدة سنوات إلى إخضاع الحياة العامة الفرنسية بأسرها لآداب يقوم هو بتحديد عناصرها بعيداً عن أى نص مكتوب. وهو لما كان مثلها أيضاً وإن كان بدرجة حرية أقل يُخضع القانون نفسه لسلطان هذه الآداب، وإذ كان أحد المظاهر الأساسية لحكومة القضاة هو سلطة هؤلاء القضاة فى أن يحددوا وأن يحافظوا على مثل أعلى قومى، وأن يكفلوا ويؤمنوا احترام الأسس الأدبية لوحدة الدولة، فإنه لا يمكن، مع وجود هذا الأساس، إنكار وجود تقارب بين القضاء الدستورى الأمريكى وقضاء مجلس الدولة الفرنسى من هذه الناحية[1].

ونحن نرى أن هذا التحليل الدقيق ينطبق كذلك على قضاء محكمة النقض، ومع اختلاف طبيعة ومجال سلطانها فى الابتداع إلا أن ذات الأفكار المطروحة فى المقارنة السابقة يمكن أن تساق كتأصيل لسلطة قضاء النقض فى الابتداع .

ويرى جانب من فقهاء القانون العام والقانون الإدارى هذه السلطة خطيرة، ويتسائل البعض هل تعتبر سلطة القاضى فى الابتداع، أى ابتداع الحلول للمنازعات المعروضة عليه، مغايرة فى طبيعتها لسلطته العادية فى تطبيق النصوص القانونية؟ وهل يُعد ذلك من قبيل التشريع؟ وإذا كان الأمر كذلك، فما هى ضوابط هذا "التشريع القضائى" وما هو العاصم من طغيانه؟

وبذات المنطق فقد تمثلت لى سلطة الابتداع فى مجال القضاء الجنائى بالذات سلطة خطيرة، وأنها إذا لم تلتزم حدودها هددت أسس نظام التقاضى نفسه بالانهيار. وأكثر ما يكون هذا التهديد عندما لا يواجه القاضى المبتدع سلطة عامة أخرى بل يواجه المتقاضين العزل، إذ قد يمضى القاضى فى نشاطه دون أن تدرك السلطات العامة الأخرى خطورة مسلكه، وإذا هى انتبهت إلى هذه الخطورة، فإنما يكون ذلك بعد فوات الأوان.

إلى هذا الحد اقتنعت بما يقرره فريق من الفقهاء[2] بأن سلطة القاضى فى الابتداع قد تبلغ من الخطورة حداً هائلاً، بل هى فى إهدارها للضمانات الأساسية التى توفرها النصوص المكتوبة عادة قد تفوق أشد القوانين استبداداً! والفوارق بين نوعى التحكم فوارق ضخمة توضح بعد الشقة بين الأمرين: ففى حين يستطيع كل شخص نقد القانون، وإظهار معايبه نظراً لأن هذا النقد لن يتطلب

---

[1] د/ محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ١٦٦ وما بعدها .

[2] د/ محمد عصفور : المرجع السابق ، ص ١٦٩ وما بعدها . وقد حاولت إنزال هذه الأفكار على القانون والقضاء الجنائى فى الاجتهاد والجديد الوارد بالمتن فى الصفحات التالية .

أكثر من التنادى برعاية مصالح خاصة، أو تحقيقها استناداً إلى معايير اجتماعية أو سياسية.

نجد أنه يصــعب على غير الخبير الكشــف عن أخطاء الأحكام القضــائية، التى يفترض القانون التسـليم لها بالطاعة باعتبارها "عنواناً للحقيقة"، وفى حين يتمثل الانحراف فى التشريع الاستبدادى قيداً واضحاً محدداً، نجد أن الانحراف فى اســتعمال القاضــى ســلطته فى الابتداع أمراً مبهماً غامضــاً لا يمكن التنبؤ باتجاهاته!، وإذا كان الأمر كذلك ألا يقتضــى ذلك ضــبطاً لفكرة "الابتداع"، وتحديداً لعناصــرها، وإمســاكاً بأعنتها؟ وإذا كان المبدأ الديمقراطى الأصــيل يوجب تحديد ســلطات الحكم كلها ، فهل مما يتفق مع هذا المبدأ إطلاق ســلطة القاضى بما لا تطلق إليه سلطة المشرع نفسه؟!.

والإجابة بالنفى لا خلاف عليها ، وإنما يبدأ الخلاف عند تحديد ضــوابط اســتعمال القضــاة، وممارســتهم لسـلطة الإنشــاء أو الابتداع، وهذا الخلاف فى القانون الخاص أقل منه فى مجال القانون الجنائى للاعتبارات المعروفة والنابعة إجمالاً من خطورة القضـــاء الجنائى على حريات الأفراد وحقوقهم الدســتورية الأســاســية التى تمس أجســادهم وأموالهم، وهو ما انبثق عنه مبدأ الشــرعية الجنائية، ذلك المبدأ ذا المضــامين المتعددة كما سـلف البيان. وبين حتمية إعطاء القاضــى الجنائى سـلطة الابتداع والتعامل الإيجابى مع أوجه القصــور والنقص فى التشــريع، وبين خطورة هذه الســلطة الممنوحة للقاضـــى الجنائى، بين هذه وتلك تولدت أزمة العدالة الجنائية، كما أســميها، وفى بوتقتها ومركزها تتجلى معاناة القاضى الجنائى.

إن القاضى المدنى يقوم بدور إنشائى سواء فى مجال انعدام النصوص أو فى مجال تطوير النصوص القديمة بما يبعثه فيها من جدة وشباب، وإنه على الرغم من أن عمل القاضى فى هذا المجال يعد ابتداعاً، إلا أن النظرة الغالبة فى الفقه لا تعتبر قضاءه مصدراً للقاعدة القانونية. بل هى تعتبر القانون المكتوب وحده هذا المصدر، وهذه المسألة تحتاج إلى بعض التفصيل:

ففى النظام القانونى الإنجليزى على الرغم من الدور البارز الذى يضطلع به القضاء هناك بسبب تعويله على السوابق التى يتضمنها القانون Common Law، وهو بطبيعة الحال قانون غير مكتوب، فقد ثار الخلاف فيما إذا كان القضاء يعتبر أو لا يعتبر مصدراً للقاعدة القانونية.

أما المدرسة القديمة وأساسها نظرية "بلا كستون"، فهى تقوم على وجود قواعد قانونية سابقة يكشفها القضاة ولكنهم لا يصنعونها ، فكل نزاع تسبقه قاعدة قانونية مغمورة، إن لم تكن محجوبة، فى جسم القانون العرفى، وكل ما يصنعه القاضى هو أن يفك لفائفها، وأن ينفض عنها الغبار ، فيظهر النص للوجود.

على أن هناك مدرسة أخرى متطرفة يتزعمها أتباع "أوستن"، وهى تقول إن القانون ليس إلا من صنع القاضى. فالعرف ، أياً كان مدى استقراره، لا يعتبر قانوناً قبل اتباع المحاكم له. بل إن القوانين ليست قوانين، إلا لأنه مفروض على المحاكم تحديد معانيها، ولقد كان هذا هو رأى Gray إذ قال: "إن القانون هو ما يعلنه القضاة !.." كما قالJethro Brown " إن التشريع قبل أن يطبق لا يعتبر قانوناً حقيقياً real law، بل هو قانون مزعوم Ostensible law. أما القانون الحقيقى فهو الذى يبز فى حكم القضاء. وحتى السوابق لا تعتبر الأحكام الحاضرة قانوناً إلا بالنسبة لطرفى الخصومة التى فصلت فيها[١] ...

ثانياً : آراء الفقهاء فى مجال القانون الإدارى حول ضوابط فكرة "الابتداع القضائى":

عرضنا للسجال الدائر حول دور القاضى الإنشائى، أى سلطته فى إنشاء القاعدة القانونية، فى مجال القانون الخاص، فهل يصدق كل ما ذكرناه على نشاط القاضى الإدارى؟ إن القاضى الإدارى لا يعد، فى الغالب من الأمر، مبتدعاً فى مجالى تطبيق النصوص القانونية وتفسيرها، غير أنه لما كان القانون الإدارى فى مجموعة غير مكتوب، وكانت الكثير من المنازعات التى تطرح على القاضى الإدارى لا تحكمها نصوص، فإنه يصدق عليه وصف المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ من أنه قضاء إنشائى غير تطبيقى فى معظمه.

ولقد عرض بعض الفقهاء القانون الإدارى فى مؤلفاتهم موجزاً لأهم المبادئ التى وضعتها المحكمة العليا فى مجال الابتداع، وتدور كلها حول اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وهل يلتزم القاضى الإدارى بالقاعدة الواردة فى القانون الخاص، أم أنه يجب عليه أن يستبعدها .

<u>**كما وجهت انتقادات من جانب من الفقهاء إلى الحلول التى انتهت إليها المحكمة الإدارية العليا[٢].**</u>

---

[١] أنظر فى عرض هذه الآراء مؤلف الدكتور / عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ، ص ٥٥ .

[٢] - د/ محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ١٩٥.

ثالثاً : آراء الفقهاء فى مجال القانون الجنائى حول ضوابط فكرة "الابتداع القضائى":

قد أفردنا لبسط هذه الآراء أجزاء مطولة من الباب الثالث من هذه الدراسة .

رابعاً : التحليل الوظيفى لدور القاضى الجنائى فى الابتداع :

لقد فصلنا من قبل طبيعة وظيفة القضاء، ومتى يعتبر القاضى مبتدعاً ومتى لا يعتبر كذلك، على أننا نعود فنشير إلى وجود التفرقة بين دورين يضطلع بهما القاضى عندما يبتدع[1]:

أحدهما: تفسيرى explicatif، وفى هذه الحالة يكون المشرع قد وضع توجيهاً مجرداً فحسب دون مضمون محدود، مكتفياً بتحديد الغاية أو النتيجة التى يبغى الوصول إليها. فالمشرع يتخذ من القاضى، فى هذه الحالات، معاوناً له؛ إذ يعهد إليه ضمناً، وبمناسبة الفصل فى كل نزاع، بتفويض من طبيعة خاصة مماثل للذى يعهد به صراحة، وبالطريق اللائحى للسلطة التنفيذية، ومن قبيل التشريعات التى يقوم فيها القاضى بدور تفسيرى إنشائى تشريعات نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث لا تتضمن تعريفاً ما عن المنفعة العامة، وقوانين السلطات الكاملة فى فرنسا التى تركت أمر تحديد القواعد القانونية الآمرة، التى هى جوهر القانون، بالاستعانة بصيغ تخلط بين الغاية والوسائل.

وثانيهما : مكمل **Suppletif** وفى هذه الحالة لا تكون أمام القاضى قاعدة قانونية على الإطلاق. ويظهر ذلك بصفة خاصة فى نطاق القانون الإدارى بسبب ظروفه الخاصة، ومنها عدم تقنية أو عدم كفاية نصوصه، وأن مادته فى ثورة دائمة.

والقاضى الإدارى يضع فى هذه الحالة مبادئ ونظريات جديدة، يمكن أن تندرج فى إحدى طائفتين: طائفة من المبادئ تكون منذ نشأتها ذات مضمون محدد تحديداً واضحاً، ولها سمات تكاد تكون كاملة، ومن قبيلها نظرية الظروف الطارئة.

---

[1] – د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥١ : ٥٦ .

– د / محمد محمد منصور : **المرجع السابق** ، ص ٨٨ وما بعدها .

– د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٣٣ ، ص ١٠٨ و ١٠٩.

وطائفة من المبادئ تخضع لتطور مستمر، فتفيد من النتائج الجديدة التى يستخلصها القضاء من أكثر الحالات تنوعاً، وهى لذلك تمتد وتتشعب فى اتجاهات مختلفة على غرار الأفكار العامة الموجه، ومن هذا القبيل مبدأ مساواة المواطنين.

على أنه يجب أن يوضع فى المقام الأول من هذه الأفكار تراكيب قانونية واسعة لا تقتصر على وضع حل لمسألة معينة بل تكاد تتسلط على كيان كل فرع من فروع القانون، ففى القانون الإدارى كله يذكر الفقه أن هذه الأفكار القانونية لا تقتصر على وضع حل لمسألة معينة بل تكاد تتسلط على كيان القانون الإدارى كله، أو تحدد اتجاهات حياته الداخلية، ومن هذا القبيل فكرة المرفق العام، أو التعسف فى استعمال السلطة، أو نظرية سلطات البوليس.

وفى القانون الجنائي يمكن أن نضرب مثلاً على هذه الأفكار بفكرة النظام العام، وبمبدأ المشروعية، وبأصل البراءة. ولا تتميز هذه التراكيب باتساعها الاستثنائى فحسب، بل تتميز بصفة عامة أخرى هى أنها تمثل مركز توازن بين مبدأين أو أكثر من المبادئ المتعارضة فى جوهرها.

مثال ذلك ما يقرره فقهاء القانون الإدارى من أن فكرة المرفق العام تعد مجال تعارض بين المصالح الجماعية ومصالح الأفراد، وأن التعسف فى استعمال السلطة يعنى إخضاع الوسائل للغايات، وأن سلطات البوليس تمثل المصلحة بين النظام والحرية، وحول هذه الأفكار الكبرى، والتى تتحلل إلى عناصر متعارضة، تحتدم الخلافات حول أصل القانون ومصادر القاعدة القانونية. ويمكن أن نحاكى هذه الطريقة فى الفقه الإدارى، ونحن فى مجال القانون الجنائى بأن نقرر أن مبدأ المشروعية الجنائية يمثل حلاً للصراع بين مصلحة المجنى عليه والمتهم. وكذلك فإن فكرة النظام العام والآداب فى القانون الجنائى تمثل حلاً توفيقياً للتعارض بين حريات الأفراد وقيم المجتمع .

إن هذا الأمر قد فصلناه فى الباب التمهيدى عند حديثنا عن خصائص تفسير النصوص الجنائية، وتعرضنا لمبدأ الشرعية ومضمونه، والآثار التى ترتبت عليه لدى فقهاء القانون الجنائى، كما أننا قد فصلنا الحجج التى نراها مبررة لمذهب القضاء المصرى الراجح فى الباب الأخير من هذه الدراسة، فيما أطلقنا عليه "الابتداع القضائى"، ويشمل تكميل النقص فى القانون، وتطويره ، فنحيل إلى هذه المواضع فى الدراسة. إلا أننا نذكر فى عجالة بثلاث أمور قد استقيناهم من تتبعنا لأحكام محكمة النقض المصرية، وهى تقوم بالابتداع القضائى وهى:

أولاً: تغير الظروف السياسية والاجتماعية والثقافية للمجتمع، وما يستتبعه بالضرورة من تغير فى مفاهيم النصوص الجنائية المعمول بها. وذلك يعتبر

إعمالاً دقيقاً من المحكمة العليا لمبدأ مستقر من مبادئ المنهج المنطقى فى التفسير على ما سلف بيانه .

ثانياً : المبدأ الأصولى المقرر فى الشريعة والقانون على السواء من أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . وقد يكون ذلك سنداً وجيهاً لكافة الحالات التى اضطرت فيها محكمة النقض إلى تقرير رأى معين ضرورى ولازم لكى تستطيع أن تعمل النصوص الجنائية به .

وأظهر الأمثلة على ذلك ما توجب على المحكمة العليا من الأخذ بأى من النظريات الفقهية المقال بها فى تحديد الشـــروع، أو الجريمة المســـتحيلة، أو الفاعل المعنوى، أو علاقة الســـببية، لكى تســـتطيع من بعد ذلك أن تعمل النصــوص الجنائية الواجبة الإعمال، والتى يتســـع مدلول ألفاظها أحياناً لأكثر من رأى فقهى، أو يغيب عن مدلول ألفاظها ثمة مؤشـــر لمذهب المشـــرع فى هذه الأمور الضـــرورية لإعمال النصـــوص على التفصـــيل الذى أوردناه عند تحليل الأمثلة القضائية تحليلاً من جهة التفسير فى جنبات هذه الدراسة.

ثالثاً : العدالة كهدف أسمى دائم لوظيفة القضاء عامة ، والنقض خاصة.

المبحث الثالث

التفسير القضائى واستعمالاته لمصادر القانون

(غير التشريع)

- **تمهيد :**

سبق وأن بينا معنى مصطلح "المصادر" والتقسيمات المتعددة لها، والذى نود الإشارة إليه فى هذا الموضع هو أن المصادر واستنباط الحكم منها أمران متداخلان، وأن التفسير القضائى يجمع الفكرتين. وعلى ذلك فإن التفسير القضائى يتجاوز فى حقيقته عملية التفسير، وذلك لتداخل عملية التطبيق معها ليشكل فى حقيقته عملية الاجتهاد كما يعرفها فقهاء الأصول فى الشريعة الغراء والقانون .

فيرجع القاضى فى القانون المصرى إلى العرف والشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى فى حالة عدم وجود نص فى التشريع، كما ينص على ذلك التقنين المدنى، والذى هو أصل عام فى النظام القانونى المصرى، ولكن ما مدى سلطته إزاء هذه المصادر ؟، وخاصة إذا حاولنا إلقاء مزيد من الضوء فى مجال القانون الجنائى.

المطلب الأول

التفسير القضائى واستعمال العرف

العرف هو سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً، فهو اطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين اطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانونى يكفل احترام هذا السلوك[1]، وإذا كان هناك خلاف فى الفقه حول أساس القوة الملزمة للعرف، وإذا كان المجال لا يتسع لشرح أوجه الخلاف أو الاتفاق حول القوة الملزمة للعرف ، فإن مذهبنا وهو ما سوف يطرد عليه اتجاهنا فى هذه الرسالة، وهو البحث عن نقطة الالتقاء أو الاتفاق التى يكون الرأى فيها أقرب إلى إجماع الفقهاء .

هذه النظرية تبتعد عن الخلاف بين أن يكون العرف كمصدر للقانون يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، وإنما تجد أن الواقع يفصح عن أن للقاضى دوراً عظيماً بالنسبة للعرف، فالقضاء إذا تهاون فى تطبيق العرف، أو أنكر عليه طبيعته القانونية، كما يفعل القضاء الفرنسى والمصرى عندما يعتبر العرف من مسائل الواقع التى يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها .

ومن المتصور أن ترفض المحكمة العليا فرض رقابتها على المحاكم الدنيا فى تطبيق العرف، كما تفعل محكمتا النقض المصرى والفرنسية، ومن شأن هذا أن يؤثر فى فعالية العرف، وبالتالى فى وجوده. كما أن القضاء قد يعمل على الكشف عن وجود العرف، ويحدث هذا عندما يكون العرف قد أصبح فى طور التكوين، ولم تحدث مع ذلك بشأنه منازعات أمام القضاء[2].

- **تطبيق القاضى للعرف من تلقاء نفسه (فى مسائل الواقع وإثباته):**

إذا رفعت منازعات بعد نشوء العرف، وصدرت أحكام من القضاء تؤكد وجود العرف، فإن هذه الأحكام تكون بمثابة الضوء الذى يكشف عن وجود

---

[1] د / أحمد محمود سعد : **مقدمة فى نظرية القانون** ، ١٩٩٤ ، الناشر دار النهضة العربية ، ص٢٠٥ وما بعدها .

- د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٢٩٩ .

[2] - د / احمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢١٣ ، ٢٣٩ .

- د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٣٠١ ، ٣٠٤

- نقض مدنى ١٩٦٩/١٢/٢٥ **مجموعة الأحكام** س٢٠ ص١٣٥٦ .

قاعدة قانونية سبق تكوينها ونفاذها، وكذلك فإن القضاء يسهم فى إثبات ما يثور الشك حول وجودها، ولكن هذا الشك يتبدد بمجرد صدور أحكام من القضاء تثبت وجود العرف. وتؤكد نفاذه. والقضاء كذلك يلعب دورا فى تفسير العرف، فهو بحسب طبيعة تكوينه يحتاج إلى مجهود كبير لإجلاء غموضه وتحديد نطاقه وبيان شروط تطبيقه وآثاره[1].

بعد هذا البيان لدور المحاكم فى إعطاء العرف صفته كقاعدة واجبة الاتباع، ولا يمت لنا البحث عن المفاضلة بين الآراء الفلسفية حول دور المحاكم فى خلق العرف، أو عدم خلقه ذلك أننا فى نطاق على حقيقة الواقع فى حياتنا القانونية لا يجب الوقوف إلا عن اعتبارات الواقع التى تفصح لنا عن أن القاضى هو صاحب القول الفصل فى إعطاء العرف لقوته الملزمة فى العمل، ولا مراء فى أن هذا الدور يشبه دور المشرع فى التشريع، فالعرف إذا كان يستكمل مقومات وجوده عن توافر عنصريه المادى والمعنوى.

فإن القضاء ممثلاً فى محكمة النقض هو الذى يسبغ عليه الصفة القانونية، كعرف واجب الاتباع فى الحالات المتماثلة، وذلك باعترافه به وتحديده لعناصره[2].

وهل يمكن تصور وجود قاعدة عرفية تتجاهلها المحاكم أو تنكر عليها صفة القاعدة القانونية، أو يعجز الخصوم عن إثباتها، فأى قيمة قانونية لها إذا حتى ولو اكتملت عناصرها. إن مثل القواعد العرفية أمام القاضى كمثل قواعد القانون الطبيعى والمشرع. وتفصيل ذلك أن المشرع والقاضى يأخذ كلاهما من هذه القواعد ما يتراءى له. ومن ثم يجعل المشرع من قاعدة من قواعد القانون الطبيعى قاعدة قانونية واجبة الاتباع، وكذلك يجعل القاضى من قاعدة عرفية إلى قاعدة قانونية واجبة الاتباع فى الحالات المتماثلة التى تعرض أمامه.

ولم يقل أحد أن المشرع هو خالق للقانون الطبيعى، كذلك ليس هناك من معنى للخلاف حول القاعدة العرفية، وإنما يكمن البحث فى القوة التى تعطيها

---

١ – د / حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص١٧٦ وما بعدها .

– د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٣٤ ، ٢٣٩ .

– د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٣٠٣ ، ٣٠٤ ، ٣٠٨ – ٣١٣.

– د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٧٧ وما بعدها .

٢ – طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٥٤ق نقض مدنى جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ أحكام محكمة النقض جمع وترتيب المستشار عبد المنعم دسوقى ، طبعة نادى القضاة ، رقم ٣٢٨ ، ١٩٩٤، ص١٠٣.

– د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٧٨ وما بعدها .

الخصائص التى تبرزها كقوة واجبة الاتباع، فهى فى التشريع قوة المشرع وفقاً للقواعد الدستورية، وهى بالنسبة للعرف قوة المحاكم ما تقرره بشأنها بوصفها المهيمنة على حل المنازعات، فتختار ما يتراءى لها من هذه القواعد، ولذلك فإن ما قاله "كلسن" ليس بعيداً عن الواقع، حيث ذهب إلى أن العرف قانون غير مكتوب يحتاج فى تطبيقه على الحالات الخاصة إلى قرارات مكتوبة هى أحكام القضاء.

- **دور العرف فى نظر الفقه الجنائى المعاصر :**

إن الأمثلة التى ضربناها فى الفقرة السابقة لدور العرف فى تحديد ما لم يرد بتحديده نص من الشارع، أو ما لا تحديد له فى اللغة التى صيغت بها النصوص القانونية تلتقى مع ما يقرره الفقه الجنائى المعاصر من دور للعرف فى تفسير النص الجنائى، على الرأى الغالب، أو من دور فى بناء التكليف الجنائى، على رأى آخر، فى ظل نصوص القانون الجنائى الوضعى .

فالرأى السائد فى الفقه الجنائى المعاصر والفقه القانونى بوجه عام، هو أن للعرف دوراً تفسيرياً فى نطاق القانون الجنائى[1]. ويضرب الفقه الجنائى المصرى أمثلة لذلك من بينها تجريم المشرع " الفعل الفاضح العلنى المخل بالحياء " المنصوص عليه فى المادة ٢٧٨ع. م. وتجريم المشرع إسناد أمور إلى شخص " لو كانت صادقة .. أوجبت احتقاره عند أهل وطنه". المنصوص عليه فى المادة ٣٠٢ ع.م.

وتجريم السب الذى يتضمن بأى وجه من الوجوه "خدشاً للشرف والاعتبار" المنصوص عليه فى المادة ٣٠٦ ع.م. فعبارات "الفعل الفاضح المخل بالحياء"، والأمور التى لو كانت صادقة لأوجبت احتقار الشخص عند أهل وطنه"، و" خدش الشرف والاعتبار" كلها لا يجد القاضى لها تحديداً فى نصوص القانونى الجنائى، ولذلك يجب عليه الرجوع إلى العرف.

والعبرة فى هذا الشأن ليست بعقيدة الشاكى، أو المجنى عليه، وإنما العبرة بالعرف السائد فى المجتمع، ومن ثم فإن للعرف فى نظر الرأى السائد، دوره

---

[1] – د/ حسن كيرة : **أصول القانون** ، دار المعارف ،القاهرة ، ١٩٥٨، ص ٣٦٢ .
- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٥ .
- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٨٧ .

التفسيرى فى تطبيق القاعدة الجنائية، ويذهب هذا الرأى كذلك إلى أن العرف يقوم بدور مماثل فى شأن القواعد التى تمنع توقيع العقوبة[1].

ويذهب الرأى الآخر فى الفقه المصرى إلى أن العرف ليس له دور فى تفسير القاعدة الجنائية، وإنما يسهم العرف فى الأمثلة المتقدمة، وفى غيرها مما يذكر فى هذا الخصوص، فى تكوين شق التكليف فى القاعدة الجنائية[2] .

فالمشرع فى هذه الحالات يتعذر عليه أن يحيط بالوصف الدقيق للفعل المكون للجريمة نظراً لأن طبيعته لا تسمح له بذلك، فيكل المشرع إلى العرف تحديد الفعل الذى ينطبق عليه نص التجريم. ويعمد المشرع إلى ذلك عادة بالنسبة للأفعال ذات المضمون المتغير المتطور الذى يستمد تغيره من ضمير الجماعة، وتطوره من تطور مفاهيمها الاجتماعية. وهكذا يكون المشرع قد ترك للعرف تحديد شق التكليف فى قاعدة جنائية صيغ تكليفها على نحو مرن[3].

- **استعمال محكمة النقض لمصطلح "العرف القضائى" للدلالة على مبادئها القضائية المستقرة فى تفسير نص ما أو رأيها السارى فى خصوص مسألة معينة :**

لقد قمت بمحاولة استقراء لهذا المصطلح فى أحكام محكمتنا العليا خاصة فى أحكام دوائرها الجنائية، فألفيتها تستعمل مصطلح العرف القضائى بصدد ترجيحها للتفاسير والتأويلات الصادرة من دوائرها على غيرها من تفسيرات المحاكم الأدنى، ومن ذلك ما قضت به من أنه "... لأن العرف القضائى قد جرى على إطلاق كلمة الدعارة على بغاء الأنثى وكلمة الفجور على بغاء الرجل .. "[4].

---

[1] – رمسيس بهنام : **فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للتجريم والعقاب** ، **المرجع السابق** ، ص ٢٠٦ .

– د/ محمود نجيب حسنى ، **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، ص ٩٢،٩٣ .

[2] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **المرجع السابق** ، ص ٢٢٢ .

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .

[4] الطعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٣ ق نقض جنائى جلسة ١٩٨٨/٦/٨ س ٣٩ ص ٧٧٢ .

الطعن رقم ٢٤٤٥٠ لسنة ٥٩ ق نقض جنائى جلسة ١٩٩٤/١٢/٥ س ٤٥ ص ١٠٧٩ .

المطلب الثانى

التفسير القضائى
ومدى الاعتداد بقواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة[1]

تعنى مبادئ القانون الطبيعى مجموعة القواعد التى يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الاجتماعية، وهى عند المتقدمين من الفقهاء نظام قانونى كامل يجب على الشارع أن ينقله إلى قانونه الوضعى، ولكنه فى نظر المعدتين منه قلة من المبادئ العامة التى يجب أن تهيمن على التشريع الوطنى، ويميل أكثرهم إلى تركيز هذه المبادئ فى فكرة العدل[2].

ويذهب بعض الفقهاء فى اعتناق مذهب الفانون الطبيعى حداً بعيداً، حيث يذهب إلى أن القانون الطبيعى هو المرجع الذى يستلهمه الشارع فى وضع مواد القانون الوضعى الذى هو عدل مصنوع لا يمكن أن يصل إلى مستوى العدل الطبيعى أو العدل فى ذاته، ومع ذلك فيجب أن يسعى القانون الوضعى إلى الاقتراب من القانون الطبيعى[3].

والقاضى عندما يحكم بالعدل فى نزاع لا يوجد بشأنه حكم فى قواعد القانون الوضعى، فهو عند التحقيق يستوحى حكمه من نفس المرجع الذى يستقى منه المشرع عند وضع القوانين. وعليه يمكننا القول بأن المقصود بالرجوع إلى

---

[1] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٢ وما بعدها .

[2] – د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، بند ١٧ وما بعدها .

– د / أحمد سلامة : **المدخل لدراسة القانون** ، ١٩٧٥، بند ٨٣ .

– د / عبد الودود يحى : **دروس فى مبادئ القانون** ، ١٩٧٧، ص١٠٩ .

– د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٣١٦.

[3] – د/ ثروت أنيس الأسيوطى : المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية ، **مجلة مصر المعاصرة** ، يناير ١٩٦٩، بند ١٢١ .

– د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٣ وما بعدها .

– د / محمود جمال الدين زكى : **المرجع السابق** ، ص١٣٦ .

– د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٧ .

– د / محمد على عمران ، وحسين النورى : **مبادئ العلوم القانونية** ، ١٩٨٩ ، بند ٥١ .

القانون الطبيعى استلهام القاضى ذات الجوهر الذى يستلهمه المشرع فى وضع النصوص التشريعية[1].

على أن الشارع لا يعطى القاضى بإحالته إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة مجموعة من القوانين التى يستقى منها الحلول عند قصور المصادر الرسمية، إنما يحدد له موجها لنشاطه الذهنى فى اختيار تلك الحلول ويمنعه من أن يتأثر، وهو فى هذا السبيل، بميوله ونزعاته الخاصة ويعصمه منها بأن يستمد هذه الحلول من وحى مثله العليا.

وبمعنى آخر يمكننا القول بأن توجيه المشرع القاضى إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تحيل القاضى إلى حكم معين، وإنما هى تلزمه فحسب بالفصل فى الأقضية المعروضة عليه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[2].

وبناءً على ما تقدم ظهرت الحاجة إلى وضع ضوابط موضوعية لقواعد القانون الطبيعى والعدالة، أو بمعنى آخر إيجاد تعبير موضوعى عنها.

ويرى البعض أن القانون المدنى الإيطالى قد أشار إليها فى المادة ٢/١٢ سالفة البيان، وتسمى بالمبادئ العامة للقانون فى الدولة، ويقصد بها تلك المبادئ التى تعبر عن الفلسفة العامة السائدة فى مجتمع معين، والتى تؤدى إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التى تنظم سلوك الأشخاص فى هذا المجتمع[3] .

---

١ – ورد فى **مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى** ، الجزء الأول ، ص١٨٣ ــ ١٨٨ : "كان الرأى قد اتجه إلى أن يطبق القاضى المبادئ العامة المشتركة بين الدول إذا لم يوجد حكم فى تشريع أو عرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية حتى نقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، ثم اتجه الرأى إلى النص على تطبيق مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ".

– د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٥ وما بعدها .

– د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٣١٦.

٢ – د / عبد المنعم البدراوى : **المدخل للعلوم القانونية** ، **المرجع السابق** ، ص٢٤٨.

– د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص٢٧٥ .

– د / جميل الشرقاوى : **المرجع السابق** ، ص١٥١ .

– د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص١١٨ .

– د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٥٨ .

٣ – د / حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص١٩٥ وما بعدها .

وهذه المبادئ العامة يمكن تقسيمها إلى مجموعتين: أحدهما تميز كل نظام قانونى والثانية يمكن أن تشترك فى الأخذ بها عدة أنظمة قانونية.

ومن أمثلة المبادئ العامة المميزة للنظام القانونى المصرى والأنظمة العربية بصفة عامة فى مصر النظرة العامة للوجود السائدة، وهى تلك النظرة التى تؤمن بوجود الله تعالى، وبالعدل الإلهى المطلق، وما يستتبعه ذلك من سمو القواعد العامة المجمع عليها من الشريعة الغراء، وتؤمن بقوة العقل الإنسانى وقدرته على اكتشاف المبادئ السامية للأخلاق، وهذا ما ذهبت إليه بعض أحكام المحكمة العليا[1].

والنظرة العامة للوجود الغالب فى فرنسا، والتى تستقى منها بعض المبادئ العامة المميزة للنظام القانونى الفرنسى، هى تلك النظرة الغربية القائمة على أساس التقاليد اليونانية الرومانية المسيحية .

وأما المجموعة المشتركة من تلك المبادئ، والتى تتفق فيها النظرة السائدة فى مصر مع غيرها من الدول المتمدينة فى اشتراكهم فى فكرة الحضارة ، وهى تقوم على احترام العقل الإنسانى، واحترام كرامة الإنسان وآدميته .

وهذه المبادئ العامة من الصعب تعريفها، وإن كان من السهل التعرف عليها عند مخالفتها، ويجمع الفقهاء على أن أقوى تعبير عن هذه المبادئ هى تلك التى أمكن للإنسان استخلاصها من القانون الطبيعى والتى جاءت فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى الأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠ .

وبمعنى آخر يمكننا القول بأن توجيه المشرع القاضى إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تحيل القاضى إلى حكم معين، وإنما هى تلزمه فحسب بالفصل فى الأقضية المعروضة عليه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[2].

- عبد الحى حجازى : مدخل لدراسة العلوم القانونية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ . ص٤٩٣ وما بعدها .

١ – نقض مدنى ١٩٥٠/٥/١٨ المجموعة س١ ص٥١٦ ، وجلسة ١٩٥٤/٢/١١ س٥ ص٥٠٧ .

٢ د/ عبد المنعم البدراوى : **المدخل للعلوم القانونية** ، ص٢٤٨.

- د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص٢٧٥ .
- د / جميل الشرقاوى : **دروس فى أصول القانون** ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص١٥١ .
- د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص١١٨ .
- د / أحمد محمود سعد : **مقدمة فى نظرية القانون** ، دار النهضة العربية ، ص٢٥٨ .

وبناءً على ما تقدم ظهرت الحاجة إلى وضـع ضـوابط موضـوعية لقواعد القانون الطبيعى والعدالة، أو بمعنى آخر إيجاد تعبير موضوعى عنها.

من هذا العرض السـابق يبين لنا إلى أى حد يظهر دور القاضـى الخلاق فى اســتنباط القواعد القانونية التى يقوم من خلالـها بحل المنازعات التى تعرض عليه، والتى لا يكون هناك نص بشأنها، ومن هنا كان وجود محكمة النقض على رأس هذا القضــاء ضــابطاً لما تسـتلهمه المحاكم من المصــادر الأخرى للقانون نظراً لعدم تحديد هذه المصـــادر، ولها نفس الدور فى نطاق تفســير القانون، وتطبيقه على ما سنعرض له لاحقاً .

وإن كان يهمنا القول أن القاضـى باسـتنباطه لهذه المبادئ يقوم بعمل خلاق يوازى تماماً ما يقوم به المشـرع عند اسـتنباطه للقواعد التى يضـمنها تشـريعه، ولم يقل أحد أن هذه المبادئ العامة التى يدخلها المشرع، كتشريع نافذ مصدرها مبادئ القانون الطبيعى دون المشرع.

وفى المقابل يرى الفقه التقليدى والقضاء الفرنسى الأخذ بفكرة مؤداها أن القاضى إنما يطبق التشريع ولا يخلقه. متأثرة بالأساس التاريخى عن سيادة البرلمان، كمعبر لسيادة الأمة، ولمبدأ الفصل الجامد بين السلطات الذى لا يستطيع كثير من الفقهاء فى مصر الخروج عنه.

ويرى جانب من الفقه المصرى، بحق، أن دور القاضى هو دور خلاق يوازى تماماً دور المشرع، ولكن نظراً لطبيعة دور القاضى، والتى تختلف عن عمل المشرع كان الخلاف حول خصائص القاعدة التى يستنبطها القاضى، وتلك التى يستنبطها المشرع، فالأولى تتميز بالخصوصية بأنها تتعلق بنزاع معين، وهى لذلك غير عامة ، وغير مجردة، وإن كانت من الحكمة أن تطبق بانتظام واطراد[1].

وتعتبر أحكام القضاء خاصة التى تستقر فى التطبيق مثل المبادئ العامة التى تستنبطها محكمة النقض، وتدرج المحاكم الأدنى على اتباعها، تعتبر ضمن قواعد العدالة، ومن ثم يعتبرها جانب من الفقهاء مصدراً احتياطياً، ذلك بأن جميع القواعد التى يستنبطها القضاء من غير التشريع يعطيها التطبيق العملى للمحاكم القوة الملزمة لترفع إلى مصاف القواعد القانونية.

- **رأينا فى الموضوع :**

---

[1] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٤٠٤.

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول أن قواعد العدالة والقانون الطبيعى هى فى حقيقتها المبادئ العامة للقانون سواء التى يختص بها فرع معين من فروع القانون ، أو تلك التى يشترك فيها النظام القانونى بأسره .

كما أنه يجوز لنا أن نقرر أن استخدام قواعد العدالة والقانون الطبيعى فى إطار كونها من المبادئ العامة للقانون، كما نعتقد، يجعلها أداة من أدوات التفسير أكثر من كونها مصدراً من مصادر القانون.

وقد تبين لنا من العرض السابق تداخل الفكرتان، إلا أن اعتبارها من المبادئ العامة للقانون وإدخالها فى إطار النظرية العامة للتفسير له مزية هامة عن اعتبارها ضمن مصادر القانون، إذ أن أدوات التفسير وطرق استعمالها تكون فى إطار النصوص من حيث مجالها اللفظى أو المنطقى، مما يجعل استخدام فكرة المبادئ العامة للقانون كأداة تفسير فى مجال القانون الجنائى، بما تحتويه من مبادئ القانون الطبيعى والعدالة، يصبح أمراً جائزاً وغير متعارض مع مبدأ الشرعية حتى فى مسائل التجريم والعقاب .

وتفصيل ذلك أن اعتبار تلك القواعد مصدراً من مصادر القانون يمكن قبوله فى إطار القانون المدنى حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها. أما استخدام الفكرة فى القانون الجنائى، فيجب أن يكون وفق الضوابط التى تفرضها خصوصية قواعد القانون الجنائى وعلى رأسها مبدأ الشرعية، وبذلك تصبح فكرة المبادئ العامة للقانون أداة تفسيرية تستوعب تلك المصادر الاحتياطية بشكل منضبط يضمن احترام القاضى للشرعية الجنائية، ويعينه فى ذات الوقت على التغلب على مشكلة نقص النصوص. وهو الأمر الذى سنحاول وضع المعيار المنضبط لأسلوب استعماله عند تفسير نصوص التجريم والعقاب فى الباب الأخير من هذه الرسالة.

وتدليلاً على صحة رأينا ما استطعنا استقراؤه من قضاء محكمتنا العليا القديم الذى جمعت فيه المحكمة الموقرة كثيراً من الأفكار السالفة البيان. وهذا القضاء القديم لم تعدل عنه المحكمة الموقرة بل وسارت على هديه فى كثير من الأحكام وإن لم تصرح بذلك وهو ما سنعرض له بالتفصيل فى الباب الثالث. ونكتفى هنا بعرض لهذا القضاء المحكم الرشيد والذى يغنى عن كثير من الإطالة فى التعليق عليه فقد قررت "جرى قضاء محكمة النقض بطريقة ثابتة على أن وكيل النيابة الذى يباشر تحقيقاً فى قضية ما ويعين بعدئذ قاضياً لا يجوز له أن يجلس للفصل فى هذه القضية نفسها .. وهذا القضاء مؤسس على ما تقضى به أصول العدل الطبيعى التى تأبى أن يكون الإنسان خصماً وحكماً فى آن واحد وهذا الأصل غير الذى يبنى عليه رد القضاة فهو أصل من أصول

النظام الطبيعى العام المفهومة **بالضـــرورة** التى لا تحتاج فى وجوب احترامها إلى نص قانونى خاص ... "[1].

ويبدو فى هذا القضاء القديم للمحكمة العليا جنوحها إلى التفسير الواسع باستخدام فكرة المبادئ العامة للقانون وهو ما عبرت عنه المحكمة بأصول "العدل الطبيعى". وقد قامت بهذا التفسير الواسع المؤسس على مبادئ العدالة والقانون الطبيعى تحت ستار قاعدتى "من باب أولى" و"بالضرورة".

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أنه يمكننا إدخال فكرة أن أحكام القضاء تعتبر مصدراً احتياطياً للتشريع فى إطار فكرتنا السابقة حول إدخالها ضمن المبادئ العامة للقانون الجنائى كأحد أساليب التفسير. ومعظم الفقه يشير إشارة عابرة إلى المبادئ العامة للقانون كأداة تفسير للنصوص الجنائية ضمن أساليب المنهج المنطقى فى التفسير، كما سنواليه بالشرح فى الباب الثانى من هذه الدراسة، غير أن ما أردنا إلقاء الضوء عليه هو إمكانية اعتبار هذه المبادئ العامة وعاءً لكافة الأفكار والقواعد والمبادئ التى يطلق عليها فقهاء القانون الخاص بقواعد العدالة والقانون الطبيعى وأحكام القضاء وتدرس ضمن المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية . ويبين من هذا العرض حاجة الفقه الجنائى إلى أبحاث متخصصة تهتم بفكرة المبادئ العامة للقانون توازى الاهتمام الذى نالته الفكرة فى القانون المدنى والإدارى .

ويرجع تخاذل الفقه الجنائى عن الاهتمام بإظهار وتقعيد فكرة المبادئ العامة للقانون إلى الحساسية التى كرسها الفقه التقليدى الجنائى بسبب المفهوم الضيق لمبدأ الشرعية. وحسبنا ما أشرنا إليه فى هذا الموضع موفياً بالغرض، وسنعود لبحث هذا الموضوع الهام من زاويتين:

الأولى: عند حديثنا عن أساليب المنهج المنطقى فى التفسير.

والثانية: عند عرض محاولتنا لاستخدام فكرة المبادئ العامة للقانون فى تفسير النصوص الجنائية خاصة النصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب وضبط هذا الاستخدام بالمعيار الذى نقترحه فى الباب الثالث من هذه الدراسة. واستكمالاً لبحث التفسير القضائى من كافة الجوانب فقد واصلنا اجتهادنا الجديد فى الموضوع، فخصصنا هذا الجزء لبيان أوجه استعمالات التفسير القضائى لمصادر القانون "غير التشريع".

وتلاحظ لنا أن الصلة بين مصادر القاعدة القانونية وأدوات استنباط الحكم منها أمران متلازمان ومتداخلان، وأن القاضى حين يمارس وظيفته القضائية،

---

[1] الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٣٣/١/١٦ **مجموعة عمر** ج ٣ص ١٠٥ .

ومن بين مهامها التفسير ، يجمع بين الأمرين. ومن ثم حاولت استقصاء أبعاد فكرتى هذه، فبدأت بالبحث فى التفسير القضائى وكيفية ومدى استعمال القاضى للعرف كمصدر للقاعدة القانونية، وحالات استعماله للعرف فى مجال التفسير. وأشرت فى النهاية إلى دور العرف فى نظر الفقه الجنائى المعاصر.

وبذات الأسلوب تناولت كيفية ومدى الاعتداد بقواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة أثناء قيام القاضى بعملية التفسير. وحاولت فى هذه المثابة إبراز فكرة جديدة مؤيدة بالمنطق وبكثير من التطبيقات القضائية، ألا وهى استعمال فكرة المبادئ العامة فى القانون فى إطار نظرية التفسير فى مجال القانون الجنائى، وبهذه الطريقة من الممكن الاعتداد ببعض قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى إطار نظرية التفسير. واحتواء كليات الشريعة على تلك القواعد وزيادتها عليها.

وهكذا فقد بدى لى إن فكرة مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى هى صناعة غربية لافتقارهم هناك لمبادئ الشريعة الثرة ويكفى أن نشير هنا تأكيداً لوجهة نظرنا على سبيل المثال إلى ما قرره علماء الأصول والتفسير عند تعرضهم للآية الكريمة، قال تعالى "**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ**"[1] فكلمة "**الْأَمَانَات**" وكلمة "**الْعَدْل**" وعموم الأمر بالحكم به بين جميع الناس وليس بين المسلمين ، كل ذلك يعطينا مجالاً شرعياً خصباً لاستيعاب كل ما جادت به قرائح الحكماء والفقهاء من معان ونظريات فقهية تفضى إلى العدل.

وقد يأخذ الشـارع ببعض أحكام الشـريعة الإسـلامية، ويدمجه فى القانون كأحكام بيع المريض مرض الموت وأحكام النفقة[2]. حينئذ يرجع فى تفسـير وتطبيق تلك النصوص إلى نفس المصـادر التى يرجع إليها عند تطبيق وتفسير القانون. ليس هذا المقصد فى صدد المسألة المثارة، ولكن المقصود هنا هو تلك الإحالة إلى الشـريعة الإسـلامية لبحث القاضـى فيها عن الحل الواجب الاتباع للنزاع المعروض أمامه، إذا لم يجد نصـاً أو عرفاً يسـعفه. وهنا يظهر دور

---

[1] سورة النساء: من الآية٥٨

[2] -د / سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٧٤ .

- د / حسن كيرة : **أصول القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٢٢٠ .
- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٣.
- د/ حامد فهمى ، د/ محمد حامد فهمى : **المرجع السابق** ، ص ٨١.
- د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص٣٨٠.

القاضى أيضاً حيث يعمل على إيجاد الحل بين أراء فقهاء واختلافهم وتباينهم فى مجال الشــريعة، ليبرز لنا مدى الدور الخلاق للقاضـــى فى هذا الخصـــوص، ويشـــير بعض الفقهاء إلى أن واجب القاضـــى فى هذه الحالة هو الأخذ بأرجح الآراء وأكثرها لغة[1].

ومن هذا اتسعت سلطة القاضى فى الأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وكان قضـــاؤه وفقا لمذهب معين أو رأى معين ومن ثم تصـــديق محكمة النقض عليه فى مصـــر مضـــيفاً القوة اللازمة لنفاذ هذه القاعدة. ولقد كانت من أهم الصفات التى تميـــز الشريعة الإسلامية ، كثرة وتباين الآراء حول العديد من المســـائل، وعدم وجود حلول قاطعة متفق أو مجمع عليها فى كثير من الأحيان. وأصبح ذلك سبباً فى ذهاب بعض الفقهاء إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من مصادر القانون. وإنما هى لا تصبح قاعدة قانونية، إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه. وبالرجوع إلى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية للقانون المدنى، نجد أن مبادئ الشــريعة الإســلامية التى يرجع إليها القاضـــى هى المبادئ الكلية التى لا يوجد خلاف بشـــأنها بين المذاهب المتعددة ، وهذه المبادئ لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية هى المعتبرة كجزء من المبادئ العامة للقانون المصرى.

وإذا وقع تعارض بين مبدأ من تلك المبادئ ومبدأ آخر فإن المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة تنســـخ وتتوارى عن دائرة الإعمال وتقدم عليها المبادئ العامة المستمدة من الشريعة الغراء وسبب ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر تحديداً من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى[2]. ويطلق بعض

---

[1] – د/ نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥ وما بعدها .
- د/ سعيد جبر : **المرجع السابق** ، ص٢٠٥ وما بعدها .
- د/ عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٢٣٩ وما بعدها .
- د / حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص١٨٢ وما بعدها .
- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٥ ، ٢٥١.

[2]– د/ عبد الرازق السـنهورى :**الوسـيط فى شـرح التقنين المدنى الجديد، الجزء الأول** ، **المرجع السـابق** ، ص٤٩ .
- د / عبد المنعم البدراوى : **المدخل للعلوم القانونية** ، **المرجع السابق** ، بند ١٥٥ ، ١٥٧ .
- د / محمود جمال الدين زكى : **المرجع السابق** ، ص ١٣٦ .
- د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، بند ١٦٦ ، ١٦٩ .
- د / أحمد سلامة : **المرجع السابق** ، بند ٨١ .

الفقهاء على هذه المبادئ جوامع الكلم الفقهية، وهى تلك التى استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول الفقهية والأحكام الشرعية المنشورة فى أبواب القانون المختلفة، ثم جرت منه مجرى الأصول، وشهدت بصدقها تلك الفروع. ومنها قاعدة أن شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله، وقولهم أن الأشياء المعينة خاضعة لحكم قانون موقعها، وقولهم الغش يفسد كل شئ، والغرم بالغنم[1].

وعلى الرغم من أن هذا الرأى يعد هو الراجح فيما انتهى إليه من تفضيل القواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية على تلك التى يحتويها القانون الطبيعى أو قواعد العدالة عند التعارض بينها، إلا أن تكييفه لهذه القواعد باعتبارها جزءاً من المبادئ العامة للقانون المصرى فحسب محل نظر، فهو يختلف مع أغلب الفقه المصرى الذى يذهب إلى أن قواعد الشريعة تعد مصدراً من مصادر القانون ويرجع ذلك الخلاف إلى تصوره للفصل الدقيق بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون. وفى أن الأخيرة لا تخلق قواعد قانونية وضعية، بل تسبق خلق هذه القواعد ؛ لأن المصدر الوحيد للقانون الوضعى عنده هو إرادة الدولة[2].

وعلى الرغم أنه لا محل لمناقشة هذا الرأى هنا، إلا أن لهذا الرأى الفضل فى توضيح مدى الاجتهاد الذى يبذله القاضى فى استنباطه لهذه الأحكام من خلال المبادئ العديدة التى تزوده بها الشريعة الإسلامية مما يبرز دور القاضى فى خصوص استنباطه للأحكام من الشريعة الإسلامية[3].

- د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٧ وما بعدها .
- د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥ .
- د / محمد على عمران ، وحسين النورى : **المرجع السابق** ، ص١٢٧ .
- د / حمدى عبد الرحمن : **فى المدخل إلى القانون** ، ١٩٧٧ ، ص ٥٦ .
- د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨٠ومابعدها .

[1] د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٦١ .

[2] د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٣٨١ وما بعدها .

[2] د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٥ وما بعدها .

٣ د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٢٩٧،٢٩٦،٢٩٥ ، ٢٠٠٠.

- د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٦٩ .

مبحث ختامى

التفسير القضائى والاعتداد متنوع المضمون

بمبادئ الشريعة الإسلامية[1]

- **تمهيد :**

فى هذا المبحث نتناول التطبيقات القضائية المختلفة للشريعة الإسلامية فى النظام القانونى المصرى من خلال بيان الشريعة الإسلامية ممصدر من مصادر القانون (القانون المدنى، القانون الجنائى)، والشريعة الإسلامية كمصدر تاريخى (أداة تفسير)، والشريعة الإسلامية كمبدأ من المبادئ العامة للقانون (أداة تفسير)، وأخيراً الشريعة الإسلامية كمظلة وضابط عام للنظام القانونى (الدستور الجديد بعد التعديل)، ثم فكرة المبادئ العامة للقانون، واستعمال القاضى لها فى التفسير، كما يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع الاستفادة من المصادر القانونية السابقة.

إن موضوع الشريعة الإسلامية كمصطلح متعدد المضامين، وبالتالى متعدد الوظائف فى النظام القانونى المصرى الحالى، والعربى بشكل عام، يحتاج إلى أبحاث مستفيضة تعنى به من كافة الجوانب تمهيداً للتطبيق الكامل للشريعة الغراء، تطبيقاً صحيحاً ينأى بها عن نماذج التطبيق المشوه، الذى تضار منه الشريعة أكثر من بقاء الوضع القانونى الحالى على ما هو عليه .

وترتيباً على ذلك فإننا سنعاود البحث حول مصطلح الشريعة الإسلامية عند بحثنا لأساليب المنهج التاريخى فى التفسير باعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لكثير من نصوص القانون المصرى. ثم نعاود البحث فى الباب الأخير حول مصطلح الشريعة الإسلامية كمبدأ من المبادئ العامة للقانون. وكنا قد بحثنا فى الشريعة الإسلامية كمظلة وضابط عام تسمو فوق النظام القانونى فى الباب التمهيدى من هذه الدراسة.

ولقد قمت بتتبع مصطلح الشريعة الإسلامية فى أحكام محكمتنا العليا منذ إنشائها فى قضاء دوائرها، وخلصت إلى تعدد مضمون هذا المصطلح فى قضائها على النحو الذى يمكن أن نظهره من خلال عرض طوائف من هذه الأحكام. وقد بان لى أن الشريعة الغراء بمبادئها وأحكامها، سواء المتفق

---

[1] هذا المبحث من جوانب التجديد غير المسبوق فى دراسات القانون . وأرجو أن أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وعرضها بالصورة اللازمة والمفيدة لهذه الدراسة .

<u>عليها أو التى تتعدد فيها الآراء، تكون تارة مصــــدراً للقانون ســــواء كانت مصدراً مباشراً للقاعدة القانونية أو غير مباشر.</u>

وأحياناً أخرى تكون الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً يستعان بها فى تفسير النص الوضعى. وتارة تكون مبادئ الشريعة الغراء على رأس المبادئ القانونية العامة التى ترسم معالم النظام القانونى بأسره. ومن ثم وفى جميع الأحوال، يضعها القاضى أو الفقيه نصب عينيه وهو يفسر أو يطبق النص القانونى، بحيث يلتزم بمقتضاها ولا يخرج عن إطارها.

وأخيراً تتجلى مبادئ الشريعة الغراء، وبعد أن عدلت المادة الثانية من الدستور المصرى الدائم، بحسبانها مظلة وضابطاً عاماً للنظام القانونى. وهذا الوصف الأخير يتجاوز مدلول المبدأ العام الذى سبق ذكره. والضابط العام للنظام القانونى بأسره يعنى (من وجهة نظرى) بالنسبة للقاضى والفقيه والمشرع المرجعية التى لا تخالف والتى يحتكم إليها لوصم أى عمل قانونى تشريعى أو قضائى أو فقهى بالصحة أو البطلان.

وقد أردت من هذا التتبع العلمى لمصطلح الشريعة الغراء فى النظام القانونى المصرى أن أنهى هذا الجزء الملئ بالأفكار والرؤى الجديدة فى جنبات وربوع التفسير القضائى بما يخدم هذه الدراسة، وكذلك كافة دراسات التطبيق القضائى الجزئى، حالياً، والكامل المرتقب للشريعة الإسلامية الغراء. ومن ثم فقد قمت باستقراء الحالات المختلفة من حيث طبيعتها لمدى الاعتداد بمبادئ الشريعة الإسلامية .

- **التطبيقات القضائية المختلفة للشريعة الإسلامية فى النظام القانونى المصرى[1] :**

[1] قمنا بتتبع مصطلح الشريعة الإسلامية ومدلولاته بأحكام محكمتى التمييز بدولة الكويت ودولة الإمارات العربية . فألفينا تطابقاً بينها وبين المدلولات المتنوعة لمصطلح فى النظام القضائى والقانونى المصرى وفق ما اجتهدنا فى سرده

وقد كانت التطبيقات القضائية المختلفة للشريعة الإسلامية فى النظام القانونى المصرى مستقرأة فى قضاء محكمتنا العليا نبراساً أضاء لنا السبيل فى إتمام هذا الاجتهاد غير المسبوق فى البحوث القانونية المتداولة.

وانتهيت إلى أن مصطلح "الشريعة الإسلامية" يتردد فى النظام القانونى بصفة عامة، وفى أحكام محكمة النقض كمرآة لهذا النظام، يتردد بمضامين ومعان مختلفة، على النحو التالى :

أولاً : " الشريعة الإسلامية " باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية بصورة مباشرة بغض النظر عن ترتيبها بين تلك المصادر. ومرادنا من هذه الإشارة التنويه إلى ما نعتقده من أن النص الدستورى بعد تعديله، والنص فيه على أن الشريعة الإسلامية أصبحت المصدر الرئيسى للتشريع، قد أحدث هذا التعديل الدستورى نسخاً جزئياً لنص المادة الأولى من القانون المدنى بحيث أعاد ترتيب المصادر الواردة بهذه المادة جاعلاً من الشريعة الإسلامية مرجعية لها السبق على المصادر الأخرى التى كانت مقدمة عليها فى هذه المادة. وحيث أن هذه النظرة لم يتطرق إليها فقهاء القانون بعد، وأعنى بها النظرة إلى أثر التعديل الدستورى على ترتيب المصادر القانونية بنص المادة الأولى من القانون المدنى، مما دعانا إلى إبداء هذه الملاحظة.

وعودة إلى المسألة التى نحن بصددها وهى استعمال مصطلح الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، والمثال على ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدنى، وكذلك القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية والقضاء فى مسائل المواريث. وفى ذلك استقر قضاء محكمتنا العليا على أنه "النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدنى والمواد الأولى والرابعة والسادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ يدل على أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين، داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم. وإذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً. وقد استمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو

فى المتن. وقد عقدنا مقارنات مفيدة حول الموضوع ببحث مستقل منشور بعنوان "تطبيق الشريعة فى مصر وبلاد الجزيرة العربية كما هو الآن ".

تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان، ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأه أو فى صورة دفع"[1].

ويبدو فى هذا القضاء المستنير إلمامه ليس فقط بمصدرية الشرع الحنيف فى المسائل المشار إليها فيه، بل أيضاً إحاطته بالتفرقة بين الأحكام القطعية الثبوت والدلالة وغيرها من الأحكام محل الاختلاف بين الفقهاء. تلك الإحاطة المتعمقة التى مكنت محكمتنا العليا من البناء عليها وترتيب نتائج قانونية هامة فاعتبرت من ناحية أولى أحكام قانون المواريث متعلقة بالنظام العام. ومن ناحية ثانية ألمحت إلى فكرت (الدعائم القانونية) وهى الفكرة التى ننادى بها لكى تجمع بين فكرة المبادئ العامة والضابط العام للنظام كمظلة بعد تعديل الدستور.

ويدخل فى هذا النوع أيضاً حالات الإحالة إلى الشريعة الإسلامية لبحث القاضى فيها عن الحل الواجب الاتباع للنزاع المعروض أمامه باعتبارها مصدراً مباشراً من مصادر القاعدة القانونية. مثال ذلك الحالات التى يلجأ فيها القاضى المدنى إلى الشريعة الإسلامية الغراء لخلو القانون من حكم للواقعة المعروضة عليه. وهنا يظهر دور القاضى أيضاً حيث يعمل على إيجاد الحل بين آراء الفقهاء واختلافهم وتباينهم فى مجال الشريعة ، ليبرز لنا مدى الدور الخلاق للقاضى فى هذا الخصوص.

ويشير بعض الفقهاء إلى أن واجب القاضى فى هذه الحالة هو الأخذ بأرجح الآراء. ومن هنا اتسعت سلطة القاضى فى الأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وكان قضاؤه وفقاً لمذهب معين أو رأى معين ثم تصديق محكمة النقض فى مصر على ذلك القضاء الموضوعى مضيفاً القوة اللازمة لنفاذ هذه القاعدة فى كل قضاء لاحق[2].

---

[1] الطعنان رقما ٣٦ لسنه ٦١ق ، ١٥٤ لسنه ٦٣ ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٥ ونود هنا التأكيد على قيام المحكمة ، فوق ما سبق ذكره ، بالاجتهاد الجديد ويتمثل ذلك فى اعتبارها حالات الطعن مقابلة للاستثناءات الفقهية ، وإلغائها جواز إلغاء القاضى لحكمه ، رغم تقريره قديماً ، لقيام أوجه الطعن محله ، وهذا اجتهاد جديد ينم عن مكنة المحكمة العليا .

٢ – د/ نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥ وما بعدها .

- د/ عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٢٣٩ وما بعدها .
- د / حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص١٨٢ وما بعدها .
- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٥ –٢٥١.

ويدخل فى هذا الإطار أيضـــاً ما قررته المحكمة العليا من أن "الموطن الأصلى طبقاً للسائد فى الفقه الإسلامى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو موطن الإنسان فى بلدته أو فى بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيها مع أهله وليس فى قصـــده الارتحال عنها وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينقص بموطن الســـكن، وهو ما اســـتلهمه المشـــرع فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية. وتقدير قيام عنصـر الاستقرار بنية الاستيطان من مسائل الواقع الذى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع "[1].

ويدخل فى هذا الإطار أيضـــاً قضـــاء المحكمة العليا بأن "المفتى به فى الراجح من مذهب الحنفية هو صـحة الإسـلام بالشـهادتين بلا تبرى ، لأن التلفظ بالشـــهادتين أصـــبح علامة على الإســـلام وعنواناً له. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضـاءه بأن المتوفاة ماتت على دين الإسلام استناداً إلى ما ثبت لديه من البينة الشـــرعية بأنها نطقت بالشـــهادتين وأنها كانت تؤدى بعض شـعائر الدين الإسـلامى من صـلاة وصـوم وتلاوة القرآن، ولم يجعل من النطق بالتبرى من أى دين آخر شـرطاً لاعتبارها مسـلمة، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون أو تنكب نهج الشرع الإسلامى"[2].

ثانياً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية بصورة غير مباشرة. مثلما تنص عليه المادة ٦٠ من القانون الجنائى التى تضفى صفة الإباحة على وقائع كانت تدخل أصلاً فى إطار التجريم، لولا الأخذ فيها بالحكم الشرعى، كتأديب الزوجة والأبناء فى حدود المفهوم الشرعى. وقد اعتبرت محكمة النقض مبادئ الشريعة الإسلامية، هى الأصل الذى يجب الرجوع إليه فى تحديد مدى الاستخدام غير المؤثم لحق تأديب الزوجة بمعرفة الزوج". وفى ذلك الإطار استقر قضاء المحكمة العليا على أن: "بأن تجاوز الزوج لشروط التأديب المقررة فى الشريعة الإسلامية يعرضه للعقاب"[3].

---

[1] طعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٤/٦ س ٤٠ ج ٢ ص ٤٣.

وفى هذا المعنى :

- طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٦٩ ق رجال **القضاء** جلسة ٢٠٠١/٦/٦ س ٤٨ ج ١ ص ١٩.
- طعن رقم ٣٥١٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٣٠ س ٤٥ ج ٢ ص ١٥١٧.
- طعن رقم ٥٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٠ س ٣٢ ج ٢ ص ١٨٥٢.
- طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ س ٢٦ ج ٢ ص ١٧٢٧.

[2] الطعنان رقما ٢٧ و ٢٩ لسنة ٤٠ ق **أحوال شخصية** جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ س ٢٥ ص ١٤١٧.

[3] – د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق** ، ص ١٧١ .

وكذلك الرجوع إلى قواعد الشريعة الغراء فى وضع الضوابط لاستعمال حق تأديب الصغار من قبل الأب والوصى والأم، فقضت محكمتنا العليا بأن "حق تأديب الصغار يستلزم الرجوع لشروط استعماله إلى الشريعة الغراء أخذا نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات"[1].

ويلاحظ أن هذه الأمثلة تساق فى الفقه الجنائى كصور لاستعمال الشريعة الإسلامية كأصل تاريخى يستعان به لتفسير بعض نصوص قانون العقوبات[2].

غير أننا نرى عدم دقة هذا الرأى، ذلك بأن الرجوع فى الحالات السابقة إلى أحكام الشريعة الغراء هو امتثال مباشر لمضمون النص القانونى الذى يحيل إلى "الشريعة" وأحكامها فيما يتعلق بتحديد ضوابط إعمال النص القانونى. وهذه الإحالة الصريحة والمباشرة لأحكام الشريعة الغراء تختلف تماماً عن فكرة الأصل التاريخى للنص كوسيلة تعين على استجلاء معناه عند تفسيره . وسنعرض لنصوص قانونية تعتبر "الشريعة الإسلامية" أصلاً تاريخياً لها .

ويلاحظ على مذهب محكمة النقض إضفائه نوع من التعميم على مصطلح "الشريعة" الوارد بالمادة المذكورة وذلك فى حكم الهيئة العامة للدوائر الجنائية[3]. وكان أحرى بها أن تجعله وقفاً على معنى ضيق هو "الشريعة الإسلامية"، لكى يظل لتلك الشريعة ذكر مخصوص فى إطار قانون العقوبات الحالى. وفضلاً على ما تقدم فإن ما ورد بحكم الهيئة العامة المذكور يخالف القواعد اللغوية للتفسير إذ انه قد عمم مدلول لفظ "الشريعة" مغلباً المعنى اللغوى للكلمة على معناه الاصطلاحى وهذا غير صحيح طبقاً لقواعد المنهج اللغوى فى التفسير. وبعبارة أخرى فإن لفظ الشريعة الوارد فى المادة ٦٠ عقوبات الصحيح أن يحمل على معناه الاصطلاحى لأنه لم ترد قرينة بالمادة المذكورة تصرفه عن هذا المعنى الاصطلاحى إلى المدلول اللغوى ليشمل كل النصوص التشريعية .

والجدير بالذكر أن محكمتنا الموقرة لم تكن فى حاجة إلى ذلك التعميم لمدلول لفظ الشريعة ليشمل كافة النصوص التشريعية لكى تبلغ ما أرادته فى قضائها، إذ كان بإمكانها إعمال وسائل التفسير الصحيحة والمتنوعة التى تمتلك ناصيتها لتؤدى بها إلى ذات النتيجة دون توسيع مدلول لفظ الشريعة فى المادة المذكورة.

- نقض ١١ نوفمبر ١٩٨١ **مجموعة القواعد القانونية** س ٣٢ رقم ١٤٩ص ٨٦٧ .
- جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٣٣ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٣ رقم ١٧٥ص ١٢٥ .

[1] ٤ يناير ١٩٤٣ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٦ رقم ٦٢ ص ٨٥ .

[2] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص ١٧٢ ، ١٧٤ .

[3] طعن رقم ١٠٨٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١ يناير ١٩٦٣**الهيئة العامة**.

وأهمية هذا النقد الذى نوجهه لهذا القضاء أنه يبين ما كان للشريعة الإسلامية من خصوصية كان يمكن أن نتوسع فيها استناداً إلى المادة المذكورة لتكون الشريعة الغراء ضابطاً عاماً للنصوص الجنائية .

وقد يرد على ما نقول بأن المحكمة العليا لم تنسخ تلك الخصوصية ولكنها توسعت فى مدلول اللفظ بما يشمل الشريعة الغراء وغيرها من النصوص التشريعية مما يوحى بأن المحكمة العليا قد استقر فى وجدانها أن النصوص التشريعية وأحكام الشريعة الإسلامية الكلية تشكل سوياً نظاماً تشريعياً واحداً.

وأرى أن المحكمة العليا كان أمامها خيارات تفسيرية كثيرة تمكنها من التوصل للمعنى الذى تريده دون اللجوء إلى هذا التعميم للفظ "الشريعة" الوارد بتلك المادة. وهو ما سنواليه بالبحث عند تحليلنا لأحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية، والذى من بينها الحكم محل هذا النقد، وذلك فى الباب الثانى من هذه الدراسة .

ويدخل فى هذا المجال بصورة أوضح مسائل الأحوال الشخصية التى تبنى عليها نتائج مؤثرة فى إعمال نص جنائى كما هو الحال عند الرجوع إليها لتحديد مدلول الزوجة والزوج كمسألة فرعية يتوقف على الفصل فيها بيان أركان جريمة الزنا، ومن له حق تحريك الدعوى الجنائية عنها. مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من "أن الشريعة الإسلامية وسائر قوانين الأحوال الشخصية تعتبر من القوانين الواجب على المحاكم تطبيقها فى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها. ولا يكون فيها ما يستدعى أن توقف الدعوى حتى تفصل فيها جهة الأحوال الشخصية المختصة أصلاً بنظرها . وفى هذه الحالة يكون على المحكمة أن تتثبت من النص الواجب تطبيقه على الدعوى، وأن تطبقه على وجهه الصحيح كما تفعل جهة الأحوال الشخصية، وقضاؤها فى ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض".

وقضت كذلك بأن المحكمة إذا ما عرضت لها مسألة من ذلك يكون عليها أن تأخذ فيها بالقاعدة الشرعية الواردة على واقعتها حسبما جاء باللائحة المذكورة. ولما كان أمر الدخول فى الإسلام وثبوت الحكم به لم تعرض له لائحة ترتيب المحكم الشرعية ولم يصدر قانون فى خصوصه، فإن القانون الواجب تطبيقه فى الدعوى يكون هو أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة "[1].

ويدخل فى هذا الإطار كذلك قضـاء النقض المسـتقر على أن ليس للزوجة المسـلمة حرية الاختيار فى التسـليم فى نفسـها لزوجها وعدم التسـليم. بل هى

---

[1] موضوع الطعن تزوير فى وثيقة عقد زواج بإثبات المتهم إسلامه مادة ٢١١، ٢١٢ ، ٢١٣ عقوبات .

– طعن رقم ١٤٤٩ لسنة ١٣ ق جلسة ٢٨ فبراير ١٩٤٤ **مجموعة عمر** الجزء السادس ص ٤٠٥ .

مجبرة بحكم عقد الزواج وبحكم الشرع إلى مواتاة زوجها عند الطلب. وليس لها أن تمتنع بغير عذر شـــرعى وإلا كان له حق تأديبها. وللزوج فى الشـــريعة الإســـلامية حق إيقاع الطلاق بمشـــيئته وحده من غير مشـــاركة الزوجة ولا إطلاعها. فإذا طلق زوج زوجته وجهل عليها أمر الطلاق فإنها تظل قائمة فعلاً على حالها من التأثر بذلك الإكراه الأدبى الواقع عليها من قبل عقد الزواج والشرع المانع لها من حرية الاختيار، وإذن فإذا طلق زوج زوجته طلاقاً مانعاً من حل الاســتمتاع، وكتم عنها أمر هذا الطلاق عامداً قاصــداً، ثم واقعها وثبت بطريقة قاطعة أنها عند المواقعة كانت جاهلة تمام الجهل بســبق وقوع هذا الطلاق المزيل للحل، وثبت قطعاً كذلك أنها لو كانت علمت بالطلاق لامتنعت عن الرضـــاء له، كان وقاعه إياها حاصـــلاً بغير رضـــاها. وحق عليه العقاب المنصوص عليه بالمادة ٢٣٠ع. لأن رضاءها بالوقاع لم يكن حراً بل كان تحت تأثير إكراه عقد زال أثره بالطلاق وهى تجهله "[١].

وقضـــت المحكمة العليا كذلك بأنه لما كان المســـتفاد من كتب الحنفية أن أرجح الأقوال فى عقد الزواج على امرأة متزوجة بآخر، أنه عقد باطل لا أثر له ولا يثبت النســـب وتجب فيه الحيلولة بين الرجل والمرأة وعدم تمكينها من الدخول. فإذا ما ارتكبت المعصـــية ووقع الدخول بالمرأة فلا يؤثر هذا الدخول على العقد ولا يرفع عنه البطلان ولا يثبت به النسب ويجب التفريق بينهما جبراً إن لم يتفرقا اختياراً. وإذا كان الرجل والمرأة اللذان ارتكبا المعصـــية عاقلين عالمين بالتحريم فإنه يجب عليهما حد الزنا وهذا هو المتفق عليه أيضـــاً فى مذهب الأئمة الثلاثة "[٢].

ويبدو لنا فى هذا القضـــاء المحكم الرشـيد نزعة التمهيد المســتنير لتطبيق الشريعة الغراء بتعمد ذكر المحكمة العليا "لوجوب الحد "فى الواقعة المطروحة عليها وتعمد ذكر آراء الفقهاء فى المسألة.

واســتقر قضــاء المحكمة العليا كذلك على أنه: "لما كان من المقرر فى فقه الشـريعة الإسـلامية، وعلى ما جرى به قضـاء دائرة الأحوال الشـخصـية بهذه المحكمة "محكمة النقض" أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به من مخالفة بناء على عقد فاسـد أو شــبيهة، وأن النص على أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء

---

[١]موضوع الطعن : مواقعة أنثى بغير رضاها ، طعن رقم ١١٩٢ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ١٩٢٨/١١/٢٢

[٢] طعن رقم ٤٨٧٧ لسنة ٥١ ق ، جلسة ١٩٨٢/٣/١٠

الحمل لا بعد ذلك، وكان عقد الطاعن على المتهمة الأخرى، كما ســـلف البيان عقداً باطلاً فإنه لا يثبت به نسب إلى الطاعن[1] .

والجدير بالملاحظة هنا أن أحكام الشريعة الإسلامية المشار إليها يمكن اعتبارها مصدراً مباشراً للقواعد القانونية التى تفصل بها المحكمة فى المسائل الفرعية التى يتعين الفصل فيها قبل الحكم فى الموضوع. بيد أننا فضلنا التمييز بين الاحتكام المباشر للشريعة الغراء عند الفصل فى موضوع الدعوى، والاحتكام إليها بصورة تمهيدية وغير مباشرة عند الفصل فى المسائل الفرعية كخطوة أولية قبل الفصل فى موضوع الدعوى، وذلك من قبيل الدقة والتأصيل العلمى الجديد لهذا الموضوع الهام.

ثالثاً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها مرجعية استئناسية تقوم بتبصرة القاضى بالحكم الشرعى قبل الفصل فى الدعوى من غير أن تكون ملزمة له قانوناً. وإن كانت ملزمة له أدبياً ولم يحدث أن خالفها القضاء. والمثال على ذلك فى القانون الجنائى المصرى وجوب أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالإعدام .

وفى هذا الإطار قضت المحكمة العليا بأن: "القانون إذ أوجب على المحكمة أخذ رأى المفتى فى عقوبة الإعدام قبل توقيعها إنما قصد أن يكون القاضى على بينة مما إذا كانت أحكام الشريعة تجيز الحكم بالإعدام فى الواقعة الجنائية المطلوب فيها الفتوى قبل الحكم بهذه العقوبة دون أن يكون ملزماً بالأخذ بمقتضى الفتوى. فليس المقصود إذاً من الاستفتاء تعرف رأى المفتى فى تكييف الفعل المسند إلى الجانى ووصفه القانونى"[2].

ويلاحظ على هذا القضاء القديم عدم سلامة الصياغة التى جاء بها إذ أن معرفة ما إذا كانت الشريعة الغراء تجيز الحكم بالإعدام فى واقعة ما يستتبع حتماً الوقوف على التكييف القانونى الشرعى للفعل المسند إلى المتهم ووصفه القانونى. ومن ثم فإن التعرف على رأى المفتى فى تكييف الواقعة المستفتى فى مدى جواز توقيع عقوبة الإعدام على اقترافها أمر حتمى لمعرفة الحكم الشرعى فى الواقعة. وما إذا كان هذا الحكم يجيز القضاء بالإعدام أم لا. وهذا القول لا يتعارض مع مبدأ عدم إلزام رأى المفتى للمحكمة وصياغة الحكم قد توحى بوجود تعارض بينهما وهو غير صحيح.

---

[1] طعن رقم ٤٨٧٧ لسنة ٥١ ق ، جلسة ١٩٨٢/٣/١٠

[2] -طعن رقم ٢٣٤٤ ش ، جلسة ١٩٣٩/١/٩ **مجموعة عمر** ج ٤ ، ص ٤٢٤ .

-طعن رقم ٧٢٥٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١١ / ٣ / ١٩٩٧ س ٤٨ ص ٣٥٣.

ويمكن أن يدخل فى هذا النوع من **"المرجعية الاستئناسية"** قضاء محكمة النقض بأن دعوى البنوة ودعوى التعويض عن الأضرار المترتبة على شهادة الزور فيها هما دعويان مختلفتان طلباً وسبباً وخصوماً. وكل ما تقتضيه دعوى التعويض من البحث فى أقوال الشهود ووزنها لا يعتبر تجديداً للنزاع فى موضوع البنوة الثابتة بحكم انتهائى. بل إن كل ما ينشئه ذلك بين الدعويين هو وحدة المسألة المبحوث فيها. وهذه الوحدة فى الدعويين لا تغير من اختلافهما فى موضوعيهما. والفقه الإسلامى نفسه وإن كان يضمن الشهود الزور إلا أنه لا يفسخ الحكم القائم على شهادتهم"[١].

وجرياً من محكمتنا العليا على هذا النهج الرشيد فى الاستئناس بقواعد الشرع الحنيف فقد قضت بأنه "لما كان الشارع لم يقيد القاضى الجنائى فى المحاكمات الجنائية بنصاب معين فى الشهادة، وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أى دليل يطمئن إليه طالما أن له مأخذه الصحيح فى الأوراق، فإن تعويل الحكم المطعون فيه على شهادة شاهد واحد ليس فيه مخالفة للقانون وينحل نعى الطاعن فى هذا الصدد إلى جدل فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب... **هذا فضلاً عن أن الجريمة الماثلة من جرائم التعازير التى تثبت بشهادة شاهد واحد على خلاف جرائم الحدود و القصاص فى الشريعة الغراء "[٢].**

ويبدو فى هذا القضاء الرشيد تعمد ذكر مصطلحات فقهاء الشريعة وتقسيماتها لأنواع الجرائم وما يترتب من آثار فى مجال الإثبات الجنائى. ومن الواضح أن محكمتنا الموقرة لم تكن فى حاجة من جهة فإن التسبيب إلى تفصيل الأمر على هذا النحو الدقيق، وإلا إذا كان لها مقصداً آخر. ونحن نرى هذا المقصد السامى متمثلاً فى نزعة التمهيد والتدرج الهادئ الذى تنتهجه المحكمة الموقرة لإدخال مفاهيم الشريعة الغراء إلى منظومة العمل القانونى والقضائى بالأسلوب الأمثل من وجهة نظر المحكمة العليا .

رابعاً: "الشريعة الإسلامية" باعتبارها مصدراً تاريخياً لبعض النصوص القانونية. ومن ثم تعتبر الشريعة الغراء بالنسبة لتلك النصوص المعين الذى يستجلى به معنى النص والوقوف على الحكمة التشريعية من ورائه . وتعد

---

[١] طعن رقم ١٧٥٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٢٨/١١/٢٩

[٢] طعن رقم ٢١٧٠ لسنة ٥١ ق ، جلسة ١٩٨١/١١/٤

الشريعة الغراء بالنسبة لتلك النصوص من أدوات التفسير المنتمية للمنهج التاريخى[1].

ويدخل فى هذا الإطار من وجهة نظرى الحالات التى يأخذ الشارع فيها ببعض أحكام الشريعة الإسلامية، ويدمجها فى نصوص القانون كأحكام بيع المريض مرض الموت وأحكام النفقة. حينئذ يرجع فى تفسير وتطبيق تلك النصوص إلى نفس المصادر التى يرجع إليها عند تطبيق وتفسير القانون وتعتبر الشريعة الغراء مصدراً تاريخياً لتلك النصوص[2].

ومثال ذلك أيضاً ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية من أن حق الشفيع لا يورث، فإذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها. وقد رجع الفقهاء فى ذلك إلى المصدر التاريخى لنصوص التشريع المصرى فى هذه المسألة، وهو الشريعة الإسلامية ، وأخذوا بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى[3].

---

[1] هناك تردد فى المعنى الذى ذكرته هنا لمصطلح المصدر التاريخى عنه فى مواضع اخرى ذكرناها عند الحديث عن المنهج التاريهى فى التفسير . والسر فى ذلك اختلاف معنى المصدر التاريخى للنص عن مصطلح تاريخ النص. والصحيح عندنا اختلاف المصدر التاريخى للنص عن تاريخ النص فبينما المصطلح الأول ليس له تأثير فى عمليبة تفسير النص . وتعليل ذلك أن النص إذا تغيرت البيئة التى اتخذ منها إلى بيئة أخرى فلا يجوز أن يتقيد المفسر بما كانت تمليه بيئة النص من مدلولات بعدما انتقل إلى بيئة مغايرة . ومن ناحية أخرى فإن تاريخ النص يكون له أثر عند نفسير النص . ويوافقنا على هذه التفرقة أستاذنا المرحوم المستشار محمد بدر المنياوى كما بدا لنا عند مناقشة رسالة الدكتوراة. راجع فى تفصيل هذه الآراء المذكرة القيمة لأستاذنا الدكتور / صوفى أبو طالب والخاصة بتحديد الفرق بين المصطلحين والأثر العملى لاختلافهما . مذكرة غير منشورة مكتبة مجلس الشعب . وانظر أيضاً فى نفس المسألة الطعن رقم ٣ سنة ١ دستورية س ٢ مكتب فنى ص ١٥٥ .

[2] – د / سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٧٤ .

– د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٢٢٠ .

– د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٣.

[3] **انظر فى هذا القضاء والتعليق عليه :**

– حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص٢٥٣ .

– سمير كامل تناغو : **المرجع السابق** ، ص١٩٥ وما بعدها .

– د/ عبد المنعم البدراوى : **المدخل للعلوم القانونية** ، ١٩٦٦ .

– د/ عبد المنعم البدراوى : **مبادئ القانون** ، ١٩٧٠ ، ص٢٣٣ .

والجدير بالذكر أنه فى بعض الأحيان يجد القاضى نفسه أمام حالة واحدة يتعدد فيها ويتنوع المضمون لمصطلح الشريعة الإسلامية مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن "مفاد نص المواد٥، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة١٩٥٥،٢٨٠من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فأخضع إجراءات الإثبات لقانون المرافعات أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية. ولئن كان فقهاء الشريعة، على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام على إطلاقه إلا أنه بإمعان النظر فى الاستثناءات التى وردت عليه يتضح أنها ليست فى الواقع إلا وجوهاً لإعادة النظر فى النزاع تقابل وجوه الطعن فى الأحكام المقررة فى القوانين الحديثة ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أفردت باباً خاصاً لطرق الطعن فيها .

وباستقراء مصادر الفقه الإسلامى يتبين أن ما أورده الفقهاء فى هذا الخصوص انصرف إلى أن التقاضى على درجة واحدة، والأصل عندهم عدم رجوع القاضى عن قضائه فلو قال رجعت عن قضائى أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى لم يصح والقضاء ماض، ولا يستثنى من ذلك إلا حالات أوردها الفقهاء على سبيل الحصر، إذ لم يكن هناك سبيل إلى تصحيح الحكم فى هذه الحالات إلا عن طريق من أصدره، ومع تنظيم القانون لطرق الطعن فى الأحكام، فلا محل لإعادة القاضى النظر فى أحكامه بعد استنفاد طرق الطعن فيها، حسماً للحقوق ومنعاً لتأبيد الخصومات طالما أن التقاضى لم يعد قاصراً على درجة واحدة"[1].

وهذا الحكم يعد فريداً بين الأحكام التى تعرضت فيها المحكمة العليا لمصطلح الشريعة الإسلامية من عدة وجوه :

فمن ناحية أولى ألمحت فيه المحكمة إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً تاريخياً لقواعد الإثبات التى نص عليها فى قانون المرافعات وأحالت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إليها وهى المتعلقة بإجراءات الدليل .

- د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢٦٣ .
- د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص٢١٠ وما بعدها .

[1] – الطعنان رقما ٣٦ لسنه ٦١ق ، ١٥٤ لسنه ٦٣ ق، جلسة ٢٥/١٢/١٩٩٢
– الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٠/١١/١٩٩٧ س ٤٨ ص ١٢٢٠

ومن ناحية ثانية ظلت أحكام الشـريعة الإسـلامية مصـدراً مباشـراً للقاعدة القانونية فيما يتعلق بقواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل.

ومن ناحية ثالثة ألمحت المحكمة إلى تنبهها إلى الفارق بين الفقه والشـريعة حين تحـدثـت عن عـدم إجمـاع الفقهـاء على الأخـذ بمبـدأ حجيـة الأحكـام على إطلاقه، وهذه المسألة سنلقى عليها مزيداً من الضوء فيما بعد.

ومن ناحية أخيرة توجت المحكمة العليا حكمها الماثل بإعمالها للاجتهاد الشـرعى المنضـبط فى الأمور المسـتحدثة التى لم تعرض على الفقهاء القدماء بحديثها عن تنظيم القانون لطرق الطعن فى الأحكام بما يحقق مقاصـد الشـريعة الغراء، والتى أجملتهـا المحكمـة فى قولهـا "حسـمـاً للحقوق ومنعـاً لتـأبيـد الخصـومات". مضـيفة بذلك رأياً جديداً مسـتحدثاً إلى آراء الفقهاء السـابقين لتلك المسألة الخلافية بصورة رصينة علمية.

وحرى بالقضاء أن يستن بالمحكمة العليا فى هذا المجال، وسنعود لإلقاء مزيد من الضــوء على هذا الحكم المحكم الرشــيد فى موضــع لاحق من هذا المبحث .

خامساً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها على رأس **"المبادئ العامة للقانون"** التى تسمو على النصوص التشريعية، ولا يجوز تفسير تلك النصوص إلا فى إطارها ودون الخروج عليها.

من ذلك ما قررته المحكمة العليا فى حكمها السابق الإشارة إليه من أنه "إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً.

وقد استمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان ".

والمادة ١٢ من الدستور الدائم قد عدت من بين المقومات الأساسية للمجتمع التزامه برعاية الخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، ودعته إلى مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية ... وألزمت باتباع هذه المبادئ والتمكين لها[١].

وفى ذات الإطار قضت المحكمة العليا كذلك بأنه " لئن جاز للصحف – وهى تمارس رسالتها بحرية فى خدمة المجتمع – تناول القضايا بالنشر

[١] طعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/١

باعتبارها من الأحداث العامة التى تهم الرأى العام، إلا أن ذلك ليس بالفعل المباح على إطلاقه، وإنما هو محدد بالضوابط المنظمة له ومنها أن يكون النشر فى إطار المقومات الأساسية للمجتمع والحفاظ على الحريات والحقوق والواجبات العامة واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وعدم الاعتداء على شرفهم وسمعتهم واعتبارهم، أو انتهاك محارم القانون"[1].

ويتجلى فى هذا الحكم المعنى الذى نلمح إليه وذلك فى قول المحكمة "فإنها - أحكام الشريعة الإسلامية - تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان".

ومن ملامح الرشاد والسداد فى هذا القضاء المحكم لمحكمتنا الموقرة أنها قبل وصفها لأحكام الشريعة الإسلامية بهذه الأوصاف القانونية بالغة الدقة قد مهدت لذاتها بتبيان إلمامها بالفارق بين القطعى من أحكام الشريعة الغراء دلالة وثبوتاً وما دون ذلك من أحكامها .

فكأن المحكمة العليا ترد على نفر من أولئك الذين أعوزتهم المعرفة الدقيقة بالشريعة الغراء وبدلاً من أن يروا فى تباين الآراء وكثرتها سعة ومزية رأوا فيها غير ذلك . فمن الملاحظ هنا أن من الصفات التى تميز الشريعة الإسلامية كثرة وتباين الآراء حول العديد من المسائل وعدم وجود حلول قاطعة متفق أو مجمع عليها فى كثير من الأحيان.

كل ذلك كان سبباً فى ذهاب هذا النفر من الفقهاء إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من مصادر القانون بل من المبادئ القانونية العامة فحسب والتى تحكم النظام القانونى بصورة عامة.

ويرى أصحاب هذا الرأى أن الشريعة الغراء لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه. ذلك أنه بالرجوع إلى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية للقانون المدنى، نجد أن مبادئ الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها القاضى هى المبادئ الكلية التى لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة. وهذه المبادئ الشرعية الكلية لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية المعتبرة كجزء من المبادئ العامة للقانون المصرى.

---

[1] - طعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/١

- طعن رقم ٢٤٤٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨ س ٤٣ ج ١ ص ٧٦٦

وفى هذا المعنى :

- طعن رقم ١٨٤٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٧ س ٤١ ج ٢ ص ٣١٠

ويستطرد أصحاب هذا الاتجاه مقررين أنه إذا وقع تعارض بين مبدأ ومبدأ آخر فإن المبادئ العامة المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تصلح للتطبيق المباشر المنضبط. ومن ثم تطبق مبادئ الشريعة الغراء وسبب ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر تحديداً من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى[1] . ويطلق بعض الفقهاء على هذه المبادئ الشرعية الكلية جوامع الكلم الفقهية، وهى التى استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول الفقهية والأحكام الشرعية المنثورة فى أبواب الفقه المختلفة. ثم جرت هذه المبادئ مجرى الأصول وشهدت بصدقها تلك الفروع، ومنها قاعدة أن "شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله"، وقولهم "أن الأشياء المعينة خاضعة لحكم قانون موقعها"، وقولهم "الغش يفسد كل شئ"، و"الغرم بالغنم"[2]. وقد سبق لنا ذكر هذا الرأى عند الحديث عن المبادئ العامة المستمدة من قواعد الشريعة الغراء ومقارنتها بالمبادئ المستمدة من قواعد العدالة والقانون الطبيعى غب أننا أردنا تسليط الضوء على جانب آخر للمسألة مما دعانا لهذا التكرار .

ونحن نرى أن مبادئ الشريعة الإسلامية ذات الصبغة الكلية وقواعدها المجمع عليها تندرج فيها حتماً كل الحلول والأطر العامة التى يمكن أن تمدنا بها قواعد العدالة والقانون الطبيعى. بيد أن النظم القانونية الغربية والتى تفتقر إلى الثروة العلمية الضخمة التى يمدنا بها النظام القانونى الإسلامى، لم تجد بداً من اللجوء إلى فكرة القانون الطبيعى والعدالة كحل لمشكلة نقص النصوص يمكن تقديمه للقاضى. وحرى بنا أن نعيد الأمور إلى نصابها الصحيح بالقول بأن كل هذه المبادئ العامة المنبثقة من فكرة القانون الطبيعى والعدالة تحتويها الشريعة

---

[1] — د / عبد الرازق السنهورى : **الوسيط فى شرح التقنين المدنى الجديد ، المرجع السابق** ، ص٤٩ .

- د / عبد المنعم البدراوى : **مبادئ القانون ، المرجع السابق** ، ص ١٥٥ - ١٥٧ .
- محمود جمال الدين زكى : **المرجع السابق** ، ص ٢١٥ .
- د / توفيق فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٦٦-١٦٩ .
- د/ أحمد سلامة : **المرجع السابق** ، ص ٨١ .
- د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٧ وما بعدها .
- د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥
- د / محمد على عمران ، وحسين النورى : **المرجع السابق** ، ص١٢٧ .
- د / حمدى عبد الرحمن : **المرجع السابق** ، بند ٥٦ .

[2] د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٦١ .

الغراء وتزيد عليها. وليس مبنى هذا القول محض عاطفة ولكنه تقرير علمى دقيق .

ونحن نؤيد هذا الرأى فيما انتهى إليه من ترجيح إعمال قواعد الشريعة الإسلامية على تلك المستمدة من القانون الطبيعى أو قواعد العدالة. وهو ما يتفق مع نص المادة الأولى فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى. إلا أن تكييفه لهذه القواعد باعتبارها جزءاً من المبادئ العامة للقانون المصرى يختلف مع ما يراه جمهور الفقه من أن قواعد الشريعة الغراء تعد مصدراً من مصادر القانون .

ونحن نذهب مع رأى فى الفقه إلى أن ذلك التباين فى تكييف طبيعة قواعد الشريعة الغراء يرجع إلى مدى تصور إمكانية الفصل الدقيق بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون. فبينما يرى البعض أن المبادئ العامة للقانون لا تخلق قواعد قانونية وضعية بل تسبق خلق هذه القواعد . باعتبار أن المصدر الوحيد للقانون الوضعى عند أصحاب هذا الرأى هو إرادة الدولة، ويرى البعض الآخر إمكانية إيجاد قواعد قانونية مؤسسة على المبادئ العامة للقانون[1].

وعلى الرغم أنه لا محل لمناقشة هذا الرأى هنا، إلا أن لهذا الرأى الفضل فى توضيح مدى الاجتهاد الذى يبذله القاضى فى استنباطه لهذه الأحكام من خلال المبادئ العديدة التى تزوده بها الشريعة الإسلامية .

ويتضح مما سبق أن هذا الجهد الفقهى المبذول من قبل محكمتنا العليا ومن تابعها من فقهاء القانون فى التوصل إلى قواعد من الشريعة الإسلامية منضبطة وصالحة للإعمال المتسق مع النظام القانونى أيسر وأكثر انضباطاً من محاولة استنباط القواعد من خلال القانون الطبيعى وقواعد العدالة، مما يبرز دور القاضى المصرى الإبداعى والعملى فى خصوص استنباطه للأحكام من الشريعة الإسلامية.

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن اختلاف الفقه المصرى فى تكييف طبيعة قواعد الشريعة الإسلامية فى النظام القانونى يرجع من وجهة نظرنا إلى عدم التنبه للفكرة التى نحن بصدد تبيانها، ألا وهى تعدد استعمالات مصطلح الشريعة الغراء. ومن ثم تعدد الأدوار التى تضطلع بها مبادئ الشرع الحنيف فى النظام القانونى المصرى. وهذا الوضع القانونى المتعدد الجوانب للشريعة الغراء إنما يدل على مدى الارتباط الوثيق والصلة الحتمية التى ما انفكت قائمة بين النظام القانونى والشرع الحنيف. ويقوم القضاء المصرى بترسيخ هذه الصلة خاصة

---

١ – د / عبد الناصر توفيق العطار : **نظرية القانون** ، ٢٠٠٠، ص٢٩٧،٢٩٦،٢٩٥.

– د / توفيق فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٦٩ .

عندما تعوزه النصوص الوضعية فيلجأ إلى فكرة المبادئ العامة أو إلى نظرية التفسير وسلطة القضاء فى تكملة النصوص والابتداع فى خلق الحلول جاعلاً الشريعة الغراء مرجعه وموئله فى كل ذلك.

وقد عرضت من قبل آراء الفقه العربى والغربى التى تجعل للمبادئ العامة للقانون هذه المرتبة السامية متسائلاً بعد تعداد أمثلة لتلك المبادئ التى يراها الفقهاء، أليست مبادئ الشريعة الغراء فى القدر الذى انعقد عليه الإجماع تنطبق عليها هذه الأوصاف ، ومن ثم تأتى على رأس هذه المبادئ العليا ؟

وفى هذا الصدد يبدو لى أن فكرة المبادئ العامة للقانون واستعمال القاضى لها فى التفسير يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع أساليب الاستفادة من المصادر القانونية المتعددة وعلى رأسها مبادئ الشريعة الإسلامية فى مجال التفسير، ممهداً بهذه الملاحظة للموضوع الذى سوف أعالجه فى الباب الأخير من هذه الدراسة. ويمكننا تلخيص ما سلف فى نقطتين:

١- إن فكرة المبادئ العامة للقانون واستعمال القاضى لها فى التفسير يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع الاستفادة من المصادر القانونية السابقة كالعرف وقواعد القانون الطبيعى والعدالة ، وكذلك المبادئ الكلية الغراء . وهو ما سنواليه بالبحث فى الباب الأخير من هذه الدراسة.

٢- وإن الحل المقبول قانوناً فى ظل الوضع الحالى، والذى يمكن من خلاله اعتداد القضاء بأحكام الشريعة الإسلامية المجمع عليها هو استخدام فكرة المبادئ العامة للقانون، واستعمال القاضى لها فى التفسير يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع الاستفادة من المصادر القانونية السابقة.

سادساً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع بعد التعديل الدستورى الأخير. وبذلك أصبحت الشريعة الغراء مظلة وضابطاً عاماً للنظام القانونى بأسره، وتجاوزت بذلك مدلول "الأداة التفسيرية" كمصدر تاريخى أو "المبدأ القانونى العام" الذى يسمو فوق القوانين ولا يجوز الخروج عنه، واستتب لها موقع المرجعية العامة والصدارة .

وقد يدل الحكم التالى بصورة غير مباشرة على النظرة الجديدة التى يرى بها القضاء المصرى أحكام الشرع الحنيف مظلة لا يجوز مخالفتها أو حتى التذرع بالجهل بأحكامها. فقد قالت محكمة النقض تعقيباً منها على قناعة قضاء الموضوع بالنظرة الجديدة للشريعة الغراء أن "من المقرر أنه لا يؤثر فى سلامة الحكم أن يكون قد انطوى على تقريرات قانونية خاطئة عندما افترض العلم بمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها - بحكم الدستور - المصدر الرئيسى للتشريع ما دامت النتيجة التى خلص إليها الحكم صحيحة وتتفق والتطبيق

القانونى السليم ، هذا إلى أن تزيد الحكم فيما استطرد إليه فى هذا الصدد سيق بعد استيفاء الدليل على علم الطاعنين بالمانع الشرعى من الزواج مما لا يعيب الحكم "[1].

وقد سبق إيراد حكم المحكمة العليا المستقر بأن "النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة والتى بينها القرأن الكريم بياناً محكماً ...... بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان"[2].

وفى هذه المثابة واستكمالاً لعرض الموضوع نبحث فى ثلاث **نقاط هامة وثيقة الصلة بطبيعة العلاقة بين الشريعة الإسلامية الغراء وبين النظام القانونى والقضائى المصرى**، وهى على التوالى :

أولاً : التفرقة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى وموقف القضاء المصرى من هذه الفكرة :

لقد وجدت فى أحكام المحكمة العليا ما يشير إلى الأخذ بهذه التفرقة، ويرتب عليها آثاراً قانونية هامة من ذلك ما قررته المحكمة العليا من أنه "إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً وقد استمد منها قانون المواريث أحكامه"[3].

ويدخل فى هذا المعنى تقرير المحكمة العليا أن "المادة ٦٠ من قانون العقوبات إنما تبيح الأفعال التى ترتكب عملاً بحق قرره القانون بصفة عامة. وتحريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتبطاً بحق وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانيها العقاب الذى فرضه الشارع لفعلته . فلا يكون مقبولاً ما عرض إليه المتهم فى دفاعه أمام محكمة الموضوع من أن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة شهور وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة . وإباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة شهور ليس أصلاً ثابتاً فى أدلتها المتفق عليها، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأى فيما بينهم"[4].

---

[1] الطعن رقم ٤٥٣٣ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ٢/٢ / ١٩٨٩ .

[2] الطعنان رقما ٣٦ لسنه ٦١ق ، ١٥٤ لسنه ٦٣ ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٥.

[3] الطعنان رقما ٣٦ لسنه ٦١ق ، ١٥٤ لسنه ٦٣ ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٥.

[4] الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٢٩ ق ، جلسة ٢٣ /١١/ ١٩٥٩

وهذه التفرقة نراها بادية فى كتابات فقهاء الشريعة والقانون المعاصرين ويرتبون عليها نتائج هامة:

- **النتيجة الأولى :**

أن اختيار ولى الأمر مشرعاً كان أم قاضياً كل فى دائرة اختصاصه يترجح فى المسائل الخلافية التى ليست محل إجماع. بعبارة أخرى فإن الأحكام التى لا تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم لم ينعقد عليها إجماع، بشرائطه المعروفة فى علم الأصول، ويجوز أن تتعدد فيها الآراء. إلا أنه لا يحتج على ولى الأمر بهذا التعدد للإفلات من حكمه أو للمنازعة فى المسألة المعروضة على المحكمة والتى اختار المشرع الوضعى رأياً معيناً من الآراء المعروضة فيها للخروج عن مقتضى الرأى المختار من قبل المشرع أو القاضى.

وقد تنبهت محكمة النقض إلى هذه الفكرة الشرعية من قديم فقضت بأن "الرأى الذى أخذ به المشرع الوضعى وأدمجه فى نصوصه وطبعه بطابعه هو الذى يلزم ... ولا تلتفت المحكمة لغيره من آراء الفقهاء ... "[1]. وفى هذا القضاء ما يدل على أن المحكمة العليا إنما أرادت القول بمقتضى القاعدة الفقهية التى نحن بصددها، اختيار ولى الأمر فى المسائل الخلافية يترجح، ولكن عبارات المحكمة الموقرة لم تكن متنبهة لوجود هذه القاعدة الفقهية وإلا كانت قد استعملت القاعدة المذكورة فى صياغة الحكم، ولكانت استغنت بها عن كثير من العبارات التى ضمنتها هذا الحكم للتوصل للمعنى المقصود .

- **النتيجة الثانية :**

أن محكمة النقض سواء فى الوضع الحالى أو عند التطبيق الكامل لأحكام الشريعة الغراء لها أن تلزم المحاكم الأدنى منها باختيارها الفقهى الذى تراه مناسباً دون أن يتذرع أمامها من المحاكم الأدنى أو من المتقاضين بكون المسألة من مسائل الخلاف التى تتعدد فيه الآراء. والدليل الشرعى على القاعدة التى نحن بصددها " اختيار ولى الأمر فى المسائل الخلافية يترجح ويلزم " ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة فى العصر الأول .

---

[1] الطعن رقم ١٦ سنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٢١ . **مجموعة عمر** . وهذا الطعن متعلق باختلاف فقهاء الشريعة فى مدى انتقال حق الشفعة بالميراث . وقد سبق أن أشرنا إلى هذه المسألة فى بداية هذا المبحث .

فمن المعلوم أن الصحابة ، رضى الله عنهم ، لم يكونوا مجتمعين على كثير من المسائل التى جدت عليهم بعد انتقال الرسول، صلى الله عليه وسلم، إلى الرفيق الأعلى ولكنهم كانوا يذعنون ويلتزمون بما يرجحه ولى الأمر متمثلاً فى الخليفة أو فى مجلس الحل والعقد. والأمثلة على ذلك كثيرة أذكر منها اختلافهم فى الخروج لمحاربة المرتدين واختلافهم فى جمع الناس على مصحف واحد وحرق ما سواه إلى غير ذلك مما هو مبسوط فى كتب الأصول وكتب السياسة الشرعية[1].

ونظراً لأهمية فكرة ولى الأمر وتعلقها بالقضاء تعلقاً وثيقاً من وجهة نظرى وكذلك تعلقها بتطبيق الشريعة الإسلامية فإننى ألقى عليها مزيداً من الضوء مجتهداً فى ذلك اجتهاداً جديداً أحسبه يحتاج إلى من هم اكثر منى علماً وتخصصاً ودراية وحسبى منه الإشارة إليه.

إننى أرى أن السلطة القضائية فى هذا الفرض تنوب عن ولى الأمر فى الحكم بين الناس. وبعبارة أخرى فإن السلطة القضائية إذ تقوم بجزء من وظيفة "ولى الأمر" فإنها تتمتع فى ممارستها لوظيفتها بما هو مقرر شرعاً لولى الأمر من مكنات قانونية ومنها التزام الناس بما تختاره من حلول فى المسائل الخلافية فى الشريعة الغراء تلك الحلول التى يفرغها القاضى فى أحكامه. ومن ثم فلا يجوز التذرع بحكم القاضى المشتمل على رأى فقهى مغاير فى ذات المسالة.

وهذا ما تنتهى إليه محكمة النقض الموقرة إذ قضت بأن "الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية وفيما أحاله القانون عليها كالميراث والحكم وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بصفة أصلية، أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسلامى"[2].

---

[1]- الإمام / أبى الحسن على بن محمد لبن حبيب البصرى البغدادى الماوردى : **الأحكام السلطانية** ، دار الفكر ، ١٩٦٦ ، ص ١٥ وما بعدها .

- الشيخ / على الخفيف : **أسباب اختلاف الفقهاء** ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربى ، ١٩٦٦ ، ص ٢٠ وما بعدها .

[2] نقض جلسة ١٩٥٩/١١/١٣ السنة ١٠ الطعن رقم ١٦٠

والجدير بالذكر هنا أن فكرة "ولى الأمر" فى الفقه الإســلامى تعتبر فكرة قانونية متطورة المعنى ومتغيرة المضمون مع وجود حد أدنى ثابت لهذا المعنى وذلك المضمون، يبنى عليه أحياناً أفكاراً وتفريعات مستحدثة ويحور فى أحيان أخرى فى شكله وإطاره الخارجى. ومصطلح "ولى الأمر" يحتاج إلى أبحاث خاصة تلم شعث ما افترق وتفرق فى ثنايا كتب الأصول والفقه عنه وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدراسة[١].

وحسبنا الإشارة إلى أن "ولى الأمر" لم يعد "شخصاً" واحداً يضطلع بالمهام الشرعية المكلف بها بنفسه أو بوكلاء عنه. بل تفرقت اختصاصات "ولى الأمر" السياسية والقانونية بين عدة مؤسسات وهيئات تضم العشرات من المتخصصين. وذلك المفهوم الجديد لـــ "ولى الأمر" يحل كثيراً من مشكلات العمل السياسى والقانونى التى تنشب بين أصحاب التوجه العلمانى والداعين إلى تحكيم الشريعة الغراء. وبناءً على ما سبق فنحن نرى أن السلطة التشريعية متمثلة فى مجالسها المختلفة والسلطة القضائية متمثلة فى محاكمها المختلفة، كل منهما وفى مجال اختصاصه الدستورى، يدخلان فى إطار "ولاية الأمر" ويندرجان فى المفهوم الشرعى لـــ" ولى الأمر" وذلك جنباً إلى جنب مع رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو الوزراء ، كل فى حدود اختصاصه[٢] .

ثانياً : اتجاهات تفسير القضاء المصرى للنص الدستورى المتضمن اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع :

لقد بان لى من استقراء القضاء الحديث اللاحق على التعديل الدستورى أن القضاء المصرى يتردد فى تفسير هذا النص بين عدة تأويلات يرتب كل منها

---

[١] راجع ما كتب قديماً حول سلطات ولاة الأمر : الإمام / أبى الحسن على بن محمد لبن حبيب البصرى البغدادى الماوردى : **الأحكام السلطانية ، المرجع السابق** . وراجع ما صدر عن دار الإفتاء المصرية فى المسألة ذات الصلة بالموضوع ومنها :

- الفتوى رقم ١٠٨١ لسنة ١٩٧٦ بتاريخ ٢٩ / ٢ / ١٩٧٦ مجلد رقم ٧ ص ٢٥٣٥ .
- الفتوى رقم ١٢٥٢ لسنة ١٩٧٩ بتاريخ ٩ / ١٢ / ١٩٧٩ مجلد رقم ٩ ص ٣٣٣٥ .
- الفتوى رقم ١٢٦٩ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ١١ / ٢ / ١٩٨١ مجلد رقم ٩ ص ٣٣٩١ .

[٢] نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٠ رقم ١٩٥ ص ٩٥٢ .

ومن المسائل الهامة المتفرعة على هذا المفهوم المتسع لفكرة " ولى الأمر " تقسيم السلطة بين القاضى والمشرع الوضعى فى مسألة القياس على مواد التجريم والعقاب سواء فى الجرائم الحدية أو التعزيرية طبقاً لمعيارنا المقترح لضبط هذا التقسيم . راجع الفصل الثالث من الباب الثالث من هذه الدراسة.

نتائج قانونية معينة. وقد انتقدت بعض هذه التأويلات وبينت عدم التزام القضــاء بمقتضاها فى جميع الأحوال، ونسوقها إجمالاً على النحو التالى :

الاتجاه الأول : أن النص الدستورى دعوة للمشرع وليس للقضاة لتعديل ما يخالف الشريعة الإسلامية الغراء :

وأنه بهذه المثابة غير قابل للإعمال بذاته مباشرة من قبل القضاء. وعلى ذلك تظل النصوص المخالفة للشريعة سارية حتى يعدلها المشرع الوضعى. وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان ما نص عليه الدستور فى المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ليس واجب الإعمال بذاته إنما هى دعوة للشارع كى يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يستنه من قوانين، وم ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشراع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام فى نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ"[1].

وقضــت كذلك أنه "لما كان من المقرر أن ما نص عليه الدسـتور فى المادة الثانية منه أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته وإنما هو دعوى للشــارع كى يتخذ الشــريعة الإســلامية مصــدراً رئيســياً فيما يســتنه من قوانين، ومن ثم فإن أحكام تلك الشــريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه، إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام فى نصــوص تشــريعية محددة ومنضــبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ وبالتالى فإنه لا مجال للتحدى بأحكام الشريعة الإسلامية ما دام أن السلطة التشريعية لم تفرغ مبادئها فى تشريع وضعى"[2] .

---

[1] – الطعن رقم ٧٨٤٦ لسنة ٥٩ ق ، جلسة ١٨ /١/ ١٩٩٠ ، س٤١ ، ص ١٨٢.

[2] – الطعن رقم ٢٠٨٨٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٧/٥/١٥.

- الطعن رقم ٨٥٦ لسنة ٥٢ ق ، جلسة ٣/٢٨/ ١٩٨٢.
- الطعن رقم ٣٤٢٩ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ١١/١٤/ ١٩٨٥.
- الطعن رقم ٣٣٠٧ لسنة ٥٦ ق ، جلسة ٢٢/ ١٠ /١٩٨٦.
- الطعن رقم ٤٤٠٢ لسنة ٥٢ ق ، جلسة ٧ / ١٠/ ١٩٨٢.
- الطعن رقم ٩٥٣٢ لسنة ٦٠ ق ، جلسة ١٢/٥/ ١٩٩١.
- الطعن رقم ٧٨٤٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١/٨/ ١٩٩٠.
- الطعن رقم ٢٤٩٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ٤/٢٩ / ١٩٨٦.

وقضت المحكمة العليا كذلك بأن "السلطة التشريعية وحدها هى المنوط بها إفراغ الحكم الشرعى فى نص قانونى واجب التطبيق، بما يتوافر لها من مكنة التفرقة بين الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها وهى التى تتسع لأبواب الاجتهاد، عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية، وهو **اجتهاد وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق مقرراً للمشرع**، إذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه – قد أغفل ما تقدم وأعمل حكم المادة الثانية من الدستور على النحو الذى فسرها به – مباشرة ممتنعاً بتفسيره لها عن تطبيق حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى النافذة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى التطبيق"[١].

ويبدو أن المحكمة الإدارية العليا قد سارت على ذات النهج الذى اتبعته محكمة النقض، وفى ذلك قضت أن "نص المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع - هذا الخطاب موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة تتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية مدنية كانت أو جنائية أو اقتصادية أو دولية أو غيرها - وإلى أن ينبثق النظام التشريعى الكامل ويستكمل قوته الملزمة فإن التشريعات السارية فى الوقت الحاضر تظل نافذة بحيث يتعين على الحاكم تطبيقها موصلاً للفصل فى المنازعات التى ترفع إليها ولو قيل بغير ذلك أى بعدم الحاجة إلى تقنين الشريعة الإسلامية على أساس أنها ملزمة بقوتها الذاتية لأدى الأمر إلى تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة مع المساس فى ذات الوقت بأحد المبادئ الأصيلة وهو مبدأ الفصل بين السلطات"[٢].

وقضت المحكمة الإدارية العليا أيضاً بأن "ما ورد بنص المادة الثانية من الدستور من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع" يعتبر خطاباً موجهاً إلى السلطة التشريعية ومؤدى ذلك أن الشريعة الإسلامية هى مصدر التشريع و ليست فى ذاتها تشريعاً واجب النفاذ"[٣].

ونلاحظ على هذا الاتجاه القضائى عدم دقته من ناحيتين :

الأول : تذرعه فى عدم إعمال النص الدستورى الملزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالقول بأن "ذلك يؤدى إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق

---

[١] - الطعن رقم ٨٣٦٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦

- الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٧ ق تجارى جلسة ١٩٩٠/١/٨ السنة ٤١ **مجموعة المكتب الفنى** ص ١٣٧
- نقض جنائى ١٩٨٢/١٠/٧ السنة ٣٣ **مجموعة المكتب الفنى** ص ٧٣٦

[٢] الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٦ ق **إدارية عليا** جلسة ٣/ ٤/ ١٩٨٢

[٣] الطعن رقم ٧٥ لسنة ٢٨ ق إدارية عليا جلسة ١٢/١٤ / ١٩٨٥

القانون الوضعى وبين اشتراع القواعد القانونية التى تتأبى مع حدود ولايته" ومما لا شك فيه أن هذا القول مردود بان تدرج القواعد القانونية فى الهرم التشريعى يلزم بإعمال أعلاها عند تعارض الأدنى معها، ومن ثم فإعمال النص الدستورى لا يعد تدخلاً من السلطة القضائية فى إعمال التشريع إنما هو قيام منها بموجبات وظيفتها فى إنفاذ نص القانون الأعلى وهو **الدستور** .

الثانى: ويؤخذ على هذا الاتجاه القضائى أيضاً مجافاته للمنطق الذى ابتنى عليه قضائه. فالقول بأن النص الدستورى ليس واجب الإعمال بذاته بدعوى أن النصوص القابلة للإعمال بذاتها هى المنضبطة فى الصياغة بشكل يجعلها قابلة لإعمال والتقرير بأن هذه الصفة "القابلية للإعمال" صفة يحتكرها المشرع الوضعى فيما يسن من قوانين أمر غير صحيح فى كل الأحوال. وآية ذلك ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من إعمال النصوص الدستورية الخاصة بالحريات ومن ثم أبطلت المحكمة الموقرة نصوصاً عديدة تتعارض مع هذه النصوص الدستورية مثل تلك المتعلقة بحالات القبض والتفتيش.

وفى ذلك قررت المحكمة العليا أن "النص فى المادة ٤١ من الدستور على عدم جواز القبض والتفتيش إلا فى الحالات المبينة به حكم قابل للإعمال بذاته وما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور. لا ينصرف حكمه بداهة إلا إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من الشارع القانونى"[١].

وهذا الذى ذهبت إليه المحكمة هو الصحيح ذلك بأن هذه النصوص الدستورية كانت قابلة للإعمال بذاتها فترجح لدى المحكمة العليا إعمال مقتضاها وإبطال ما يتعارض معها من التشريعات الأدنى دون تريث منها لتعديل تلك النصوص. وقد تنبهت المحكمة الدستورية لاحقاً إلى أوجه البطلان فى هذه التشريعات الماسة بالحريات، وما أن عرضت عليها الطعون بعدم دستوريتها حتى أبطلتها. ولكن بقى السبق لمحكمة النقض فى هذه الحالات السالفة ذكرها فى تقرير بطلانها.

والتساؤل الذى يثور لماذا لم تسر محكمة النقض على هذا النهج القويم فتضع مبدأ قوامه التفرقة بين النصوص الدستورية القابلة للإعمال بذاتها وتلك

---

[١] الطعن رقم ١٥٠٣٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣ س ٣١ ص ٤١ .

- الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ س ٤٠ ص ١٢٧٤.
- الطعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٩ س ٣٤ ص ٩٣٤.

التى لا تقبل الإعمال بذاتها وتحتاج إلى تدخل من المشــرع الوضــعى، وهو ما نقترحه على المحكمة العليا أن تستقر عليه فى هذه المسألة الأصولية العامة.

وجرياً واســـترســـالاً على ذات المنطق كان يتعين على المحكمة العليا أن تفرق بين الأحكام الشـــرعية القطعية محط إجماع الفقهاء والتى تقبل الإعمال بذاتها. ومن ثم تقوم بإعمال هذه الطائفة من الأحكام الشـــرعية امتثالاً للنص الدسـتورى الموجب لتطبيق الشـريعة الإسـلامية باعتبارها المصـدر الرئيسـى. وأما الأحكام الشرعية التى اختلف فيها الفقهاء وتعددت فيها الآراء فإن المحكمة العليا تكون بين خيارين :

الخيار الأول : أن تتوقف عن إعمال النص الدســـتورى وتعتبر هذا النص بالنسـبة لهذه الطائفة من الأحكام الشـرعية فى المسـائل الخلافية دعوة للمشـرع لكى يتخير من بين الآراء المناسب للمجتمع ويضبطه فى صورة تشريع وضعى قابل للإعمال .

الخيار الثانى : وهو الذى نرجحه ونرى المحكمة العليا أهل لأن تضـــطلع به، وهى أن تمارس سـلطتها فى الابتداع وتكملة النقص التشـريعى فتتخير من بين الآراء الفقهية الشـــرعية الأنســـب للمجتمع والأكثر تماشـــياً مع المنظومة القانونية للدولة مســـتخدمة ملكاتها فى إعمال العامل التنســـيقى بين نصـــوص المنظومة القانونية للدولة لتخلص من كل ذلك إلى إعمال النص الدســـتورى وتطبيق حكم الشريعة وإهدار ما يتعارض مع أحكامها الغراء .

ومن عجب أن محكمتنا الموقرة قد تصـــدت لإكمال النقص التشـــريعى وإعمال ســـلطتها الغير مجحودة فى الابتداع فى أمور أدنى بكثير من حيث الأهمية ومن حيث الموقع فى الهرم القانونى من إعمال النص الدستورى وإنفاذ أحكام الشـــريعة الإســـلامية. وأخيراً وللتدليل على عدم منطقية هذا الاتجاه القضـــائى الذى ســـارت عليه المحكمة حيناً من الدهر ألمح إلى أن الموضـــوع المطروح على المحكمة فى معظم هذه الطعون المشـار إليها هو إعمال أو إهدار نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى المتعلق بالفائدة القانونية على الديون. ومن الواضـــح الجلى أن هذا النص إذا قدرت المحكمة مخالفته للشـــريعة ومن ثم أهدرته لم يكن فى حاجة إلى تشـريع وضـعى يجعله قابلاً للإعمال فى ذاته مثله فى ذلك مثل ما حكمت بـه المحكمـة العليا عندمـا أهدرت نصـــوص قـانون الإجراءات المتعارضة مع نصوص الدستور المتعلقة بصون الحريات .

- **الاتجاه الثانى : أن النص الدستورى قابل للإعمال فى حال تعارض نص قانونى لاحق عليه مع أحكام الشريعة الغراء :**

وهو ما يستتبع اعتبار النص القانونى المخالف للشريعة والصادر لاحقاً على التعديل الدستورى ملغياً ومنسوخاً ضمنياً على اعتبار أن النص الدستورى أولى بالإعمال باعتباره على قمة الهرم التشريعى طبقاً لمقتضى مبدأ التدرج التشريعى، من حيث قوة النصوص القانونية عند تعارضها. بينما تظل القوانين السابقة على النص الدستورى سارية ، ولو خالفت الشريعة الغراء حتى يتم تعديلاها تشريعياً. وقد قضت المحكمة العليا أخذاً بهذا المنحى أن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد هذا التاريخ، أما التشريعات السابقة عليه فلا ينطبق عليها أياً كان وجه الرأى فى تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية . فإن الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إذ قضى بالفوائد على سند من أن نصوص القانون المدنى قد خلت من النص أن الفوائد مخالفة للنظام العام، يكون قد التزم صحيح القانون، ويضحى النعى عليه بهذا السبب على غير أساس[١].

ويبدو أن محكمة النقض قد اقتفت فى هذا الاتجاه أثر المحكمة الدستورية العليا والتى أخذت حيناً من الدهر بهذا المدلول للتعديل الدستورى فقررت "وإذا كان الأصل فى كل مصدر ترد إليه النصوص القانونية لضمان اتساقها مع مقتضاه، ان يكون أسبق وجوداً من هذه النصوص ذاتها. فإن مجال إعمال نص المادة الثانية من الدستور عليها دون سواها، لينحسر والتى لم يلحقها منذ صدورها تغيير ينال من محتواها بما يؤثر فى الحقوق التى تطلبها المدعية بمناسبة تطبيقها عليها. ومن ثم يكون النعى عليها بمخالفتها نص المادة الثانية من الدستور غير سديد "[٢].

- **الاتجاه الثالث : أن النص الدستورى قابل للإعمال منذ تاريخ صدوره على كافة النصوص القانونية السابقة واللاحقة عليه:**

ويتعين بناءً على ذلك اعتبار كل نص قانونى مخالف للشريعة الغراء ملغياً وغير موجود، وعلى القاضى أن يمارس وظيفته على هذا الأساس، كما يتصرف فى حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة، فيصبح عمل القضاء بين الحكم بالبراءة، أو إعمال أدوات تكملة النص التشريعى من قياس أو مبادئ عامة للقانون، كل فى مجاله وطبقاً للحدود القانونية الضابطة لذلك .

---

[١] الطعن رقم ١٩٩٨ سنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٤/٧ .

وقارن : الطعن رقم ٢٠٨٣ سنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٤ .

[٢] الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق دستورية عليا جلسة ١٩٩٧/٢/١.

وقد صدرت أحكاماً عديدة من محاكم الموضوع جرياً فى هذا الاتجاه، ومن هذه الأحكام تلك التى انتهت محكمة النقض إلى إلغائها أخذاً منها بالاتجاه الأول السابق تفصيله. غير أن محكمة النقض قد صدرت عنها بعض الأحكام المناوئة للاتجاهين السابقين والتى غلبت فيها الاتجاه الذى نحن بصدده من هذا ما قضت به محكمة النقض من أن "نص المادة ٢/٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧يسرى بأثر فورى على المراكز والوقائع القانونية القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله لتعلقه بالنظام العام، وكذلك فيما تضمنه هذا النص بقصر ما يلتزم المستأجر بأدائه توقياً للحكم عليه الإخلاء على الأجرة والمصاريف والنفقات وذلك دون الفوائد التى كان يشملها نص المادة ٢٢ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩. وعللت ذلك بقولها "عن الشرع لم يجعل من أداء الفوائد شرطاً لتوقى الإخلاء بحيث لم يعد التخلف عن سدادها فى هذه الحالة سبباً من أسباب الإخلاء، ولما كانت الغاية التى دعت إلى هذا التعديل ليس مجرد التيسير على المستأجر الذى وضع حكم توقى الإخلاء فى الأصل بقصد حكايته، بل اتجاهاً من الشرع إلى مناهضة الفوائد والنزوع إلى استنكار الربا والإشفاق من تعاطيه أخذاً بما تليه مبادئ الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد، واتساقاً مع ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور الصادر فى سنة ١٩٧١ من اعتبار هذه المبادئ مصدراً رئيسياً للتشريع"[١]. إلا أن محكمة النقض لم يضطرد قضائها بعد على هذا الاتجاه .

- **رأينا فى الموضوع :**

والحجة على رجحان ذلك الاتجاه أن النص الدستورى يخاطب كافة سلطات الدولة التشريعية والقضائية والتنفيذية ولا يجوز لإحداها، ومن بينها السلطة القضائية، أن يتقاعس عن تنفيذه لحين تنفيذ السلطة التشريعية لواجبها الدستورى فى تعديل القوانين المخالفة للشريعة الغراء، بل على القضاء الامتثال لحكم الدستور دون انتظار أو تريث .

ومما نستدل به على ترجيح هذا الاتجاه هو تمشيه مع خطة محكمة النقض التفسيرية بصفة عامة. وآية ذلك قضائها المبرم " باعتبار التشريعات المخالفة لمبادئ دستورية قابلة للإعمال بذاتها تشريعات ملغاة بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من الشارع القانونى"[٢].

---

[١] الطعن رقم ١٤٤١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ . غير منشور .

[٢] الطعن رقم ٢٦٠٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٩/١٥ س ٤٤ ص ٧٠٣.

وفى هذا المعنى :

وبلغت محكمة النقض مبلغاً عظيماً فى الحفاظ على المبادئ الدستورية العامة القابلة للإعمال بذاتها وإهدار ما يتعارض معها حين اعتبرت القرارات الجمهورية بالاعتقال معدومة الأثر لما تنطوى عليه من اعتداء على الحريات الشخصية[1].

ووجه استدلالنا فيما نحن بصدده انه بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية فى شقها المجمع عليه تعد، طبقاً لهذا النظر القانونى وتلك الخطة التفسيرية للمحكمة العليا، تعد مبادئ دستورية عامة قابلة للإعمال بذاتها يتعين إهدار ما يتعارض معها من تشريعات سواء أكانت سابقة أو لاحقة على النص الدستورى. والقول بغير هذا الرأى يتعارض مع الخطة التفسيرية لمحكمة النقض ويوصم قضاء المحكمة العليا بالتناقض المستعصى على الجمع وهو ما تتنزه عنه محكمتنا العليا .

وتعضيداً لهذا النظر فقد استقر رأى المكتب الفنى لمحكمة النقض على أن حرية مجلس الشعب فيما يسن من قوانين مقيدة باتخاذ الشريعة مصدراً رئيسياً لها، استنباطاً من قضاء المحكمة العليا المستقر بأن: "النص فى المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع . دعوة للشارع بالتزام ذلك فيما يشرعه من قوانين"[2].

- الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢١ س ٤٠ ص ١٢٧٤.
- الطعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٩ س ٣٤ ص ٩٣٤.
- وفى هذه الأحكام السديدة اعتبرت محكمة النقض أن النصوص الدستورية التى تشكل مبادئ عامة لحماية الحريات الشخصية قد نسخت تلقائياً النصوص القانونية التى افتأتت على هذه الحريات . ومن الواضح أن المبادئ الكلية المجمع عليها فى الشريعة الإسلامية لها ذات الطابع والقابل للإعمال بذاته مباشرة ولها ذات الطبيعة القانونية من حيث كونها مبادئ دستورية .

[1] الطعن رقم ٣٢٢٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٩ س ٤٣ ص ١١٨٢.

- الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٤ س ٤١ ج ٢ ص ٢٩٩.

[2] الطعن رقم ٧٨٤٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٨ س ٤١ ص ١٨٢.

- الطعن رقم ٥١٢٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٤ س ٣٤ ص ٥١٥.
- الطعن رقم ٨٥٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٢/٣/٢٨ س ٣٣ ص ٤١٣.
- الطعن رقم ٢١٧٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨١/١١/٤ س ٣٢ ص ٨١٣.
- راجع هذه الأحكام ووجه الاستدلال بها الوارد بالمتن فى السفر القيم الذى أعده المكتب الفنى لمحكمة النقض والمسمى "**الحريات فى قضاء النقض**" . تحت إشراف أستاذنا الجليل المستشار محمد على عبد الواحد نائب رئيس محكمة النقض ورئيس المكتب الفنى ، والذى أتشرف بعضويته .

- **انتقادنا لأحكام المحكمة العليا التى تتعارض مع الاتجاه السابق:**

إن الطعن رقم ٨٣٦٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦ سالف الإشارة إليه، هذا الحكم احتوى على مواطن كثيرة محل نظر، فمن مزايا هذا القضاء تنبهه إلى فكرة الاجتهاد، ومنتقدة من جهة نقد الصياغة لما توحى به من منع الاجتهاد على القاضى، وحصره للمشرع ثم نفيه هذا المنع، والنتيجة التى انتهى إليها تتعارض مع الأسباب التى ساقها .

وتبدو جلية هذه الملاحظات من صياغة الحكم التالى والذى تقرر فيه المحكمة الموقرة أن "السلطة التشريعية وحدها هى المنوط بها إفراغ الحكم الشرعى فى نص قانونى واجب التطبيق، بما يتوافر لها من مكنة التفرقة بين الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها وتلك التى تتسع لأبواب الاجتهاد، عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية، وهو اجتهاد وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق مقرر للمشرع، إذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه ، قد أغفل ما تقدم وأعمل حكم المادة الثانية من الدستور، على النحو الذى فسرها به – مباشرة ممتنعاً بتفسيره لها عن تطبيق حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى النافذة، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيق النص فى المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، ليس واجب الإعمال بذاته إنما هو دعوة للشارع بأن تكون هذه الشريعة للصدر الرئيسى فيما يضعه من قوانين. ومن ثم فإن المناط فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته فى إفراغ مبادئها السمحاء فى نصوص القوانين التى يلزم القضاء بإعمال أحكامها بدءاً من التاريخ الذى تحدده السلطة التشريعية لسريانها، والقول بغير ذلك يؤدى إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعى وبين اشتراع القواعد القانونية التى تتأبى مع حدود ولايته، ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصرى قد حدد السلطات الدستورية أوضح اختصاص كل منها .

وكان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستورى مما لازمه أنه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى، وكانت وظيفة السلطة القضائية وفق أحكامه تطبيق القوانين السارية فإنه يتعين عليها إعمال أحكامها وفضلاً عن ذلك فإن المادة ١٩١من الدستور تنص على أن " كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور". ومن ثم فإنه لا مجال هنا للتحدى بأحكام الشريعة الإسلامية ما دام أن السلطة التشريعية لم تقنن مبادئها فى تشريع وضعى، لما كان ذلك وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ برفض دعوى دستورية نص المادة

٢٢٦ من القانون المدنى ونشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٦، وإذا جرى قضاء الحكم المطعون فيه رغم ذلك على تأييد الحكم المستأنف فيما انتهى إليه من إهدار لنص المادتين ٢٢/ ٢٢٦ من القانون المدنى لتعارضهما مع أحكام الشريعة الإسلامية التى اعتبرها الدستور مصدراً رئيسياً للتشريع ، فإنه قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه "[١].

وقد خالف هذا الحكم فى تفسيره لنص المادة ١٩١من الدستور. ما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى تفسير هذه المادة. فقد استقر قضاء النقض على أن "النص فى المادة ٤١ من الدستور على عدم جواز القبض والتفتيش إلا فى الحالات المبينة به حكم قابل للإعمال بذاته وما نصت عليه المادة ١٩١من الدستور من أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور. لا ينصرف حكمه بداهة إلا إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من الشارع القانونى"[٢].

وكذلك مما يؤخذ على هذا القضاء من المآخذ عدم تنبهه للفارق بين فكرة "النص واجب الإعمال بذاته" وفكرة النص "قابل الإعمال بذاته". ولقد ساقت المحكمة الدستورية العليا فكرة "النص الدستورى واجب الإعمال بذاته" لتبرر قضاءها بدستورية كثير من النصوص التى عرضت عليها ويشوبها عيب مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد كان هذا الموقف أقرب للسداد من استخدام فكرة " عدم القابلية للإعمال"، فالحديث حول مدى وجوب إعمال النصوص الدستورية مباشرة أمر من الممكن قبوله لإرجاء تطبيق بعض المبادئ الشرعية الخاصة. تلك التى تتعدد فيها الآراء والداخلة فى إطار ما يعرف "بالفقه الإسلامى".

أما فكرة "ثق للإعمال" فتثور فى مرحلة تالية على مرحلة "مدى وجوب الإعمال" وواضح أن القابلية للإعمال المباشر لبعض النصوص الدستورية أمر تفصل فيه قواعد المنطق والظروف الواقعية العملية. ومن ثم يصعب على المحكمة أن تجد المبررات لحمل قضائها فى حالات إمكانية التطبيق المباشر

---

[١] - الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٧ ق **تجارى** جلسة ٨ يناير ١٩٩٠ .

- نقض جنائى ١٩٨٢/١٠/٧ **مجموعة المكتب الفنى** س ٣٣ ص٧٣٦

[٢]- الطعن رقم ١٥٠٣٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣ س ٣١ ص ٤١ .

- الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ س ٤٠ ص ١٢٧٤.

- الطعن رقم ١٦٢٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٩ س ٣٤ ص ٩٣٤.

لبعض القواعد الشـــرعية. ومما يؤكد وجهة نظرنا ما ذهبت إليه المحكمة العليا من إعمال نصـوص الدسـتور المتضـمنة لمبادئ الحرية مباشـرة وتقريرها بأنها قابلة لإعمال بذاتها وإبطالها النصــوص القانونية المتعارضــة معها إعمالاً لمبدأ علو النصوص الدستورية عليها.

والجدير بالذكر أن الاتجاه الذى رجحناه هو الذى تميل إليه دار الإفتاء المصـــرية والتى صـــدر عنها فى المســألة مدار البحث فتوى تفيد دعوة كافة المؤسسات وعلى رأسها القضاء والبرلمان إلى البدء فى تطبيق الشريعة الغراء دون تريث، ومن جهة ثانية أصدرت فتوى تحث فيها القضاة على عدم الامتناع عن تطبيق القوانين بدعوى مخالفتها بصـــفة عامة للشـــريعة ومن هذه الفتاوى نرى التوازن الرشيد فى الدعوة إلى تطبيق الشريعة الغراء دون تريث مع الأخذ بفكرة النظر إلى النصــوص القانونية على أســاس نســبية مخالفة قواعد بعض القوانين لأحكام الشــرع دون الحكم المطلق عليها برمتها الذى تدعو إليه هذه المؤســســة الدينية العريقة. وفى ذلك أصـدرت فتواها بأن "التريث غير مطلوب لتطبيق الشــريعة الإســلامية فى الحكم والقضــاء .. حتى نعد جيلاً جديداً على أســاس خلق الإســلام .. "[1]، وكذلك صـدرت عنها الفتوى بأن " للقاضــى الحكم بالقوانين الوضعية باتفاقها بالشريعة ".

١- " ليس للقاضــى الذى نصـبه السـلطان للحكم بين الناس طبقاً للشـريعة الإســلامية الامتناع عن تطبيق القوانين الوضــعية بحجة أنه لا يحكم إلا بالشريعة الإسلامية ولا يعترف بالقوانين الوضعية ".

٢- " على القاضــى أن يحضـر الجلســات وينظر القضــايا التى تناط إليه نظرها مدنية أو جنائية، ويحكم فيما لا يرى أن حكمها الوضـــعى مخالف للشريعة الإسلامية ... ويكون مؤاخذاً شرعاً بالامتناع ...".

٣- " ولا يكون القاضى مؤاخذاً إذا امتنع عن تطبيق القانون الوضعى فى الأمور الواضــحة مخالفتها للشــريعة الإســلامية ... ويكون مؤاخذاً بالامتناع عن تطبيق القانون الوضعى برمته دون هذا التفصيل "[2].

ثالثاً: مدى تأثير تطبيق الشريعة الإسلامية على الطبيعة القانونية للدولة:

يرى جمهور الفقهاء أن الشريعة الإسلامية على درجة من المرونة تجعلها كفيلة بتقرير حكم لكل واقعة تطرأ. ومقتضى رأيهم أن الشريعة الإسلامية وإن

---

[1] الفقرة ١١ من الفتوى رقم ١٣٢١ لسنة ١٩٧٩ مجلد رقم ١٠ بتاريخ ١ / ٤ / ١٩٧٩ .

[2] الفتوى رقم ١٠٨١ لسنة ١٩٧٦ مجلد رقم ٧ بتاريخ ٢٩ / ٢ / ١٩٧٦، ص ٢٥٣٤ .

نص على اعتبارها مصدراً رئيسياً إلا أنها ستؤول عند التطبيق إلى أن تكون مصدرها الوحيد. وبيان ذلك أن الشريعة الإسلامية فى تقدير جمهور الفقهاء نظام قانونى تتسع أحكامه لكل جوانب الحياة. وأنها لا تقتصر على كليات الحياة فحسب. بل تتناول جزئياتها أيضاً.

فمصادر الشريعة الإسلامية عندهم على درجة من الوفرة والخصوبة تعنى ممن يلجأ إليها عن تلمس الحكم فيما عداها. وهى بحسب تصويرهم تستغرق المصادر الثانوية التى يظن رجال القانون أن فى وسعهم اللجوء إليها. فالمتفق عليه عند الجمهور أنه إذا طرأت واقعة وجب البحث عن حكمها فى الكتاب أو السنة. فإن تعذر التماس نص يعالجها. وجب البحث عن حكمها فى مصادر الشريعة الفرعية. وعلى رأسها الإجماع والقياس. ومنها المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف. وليس من المتصور والحالة هذه أن تعيا الشريعة عن تقرير حكم فى أى واقعة[1].

وهناك رأى آخر فى الفقه يرى أن الله سبحانه وتعالى لم يرد أن تعالج الشريعة الإسلامية الغراء بالتفصيل كل ضرورات الحياة ومشاكلها التى تخطر على البال. ولكنه أراد أن يحدد بالأحكام التى نص عليها المجال الاجتماعى الذى يجب على الأمة أن تتطور فى حدوده . وترك هذا العدد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالج كل منها على ضوء مقتضيات العصر. وتبعاً لتغير الظروف السائدة. فكأن الشارع أراد من المسلمين أن يقوموا بأنفسهم بوضع التشريعات الإضافية الضرورية عن طريق الاجتهاد. أى عن طريق التحليل العقلى المستقل بشرط أن يكون منسجماً مع روح الإسلام وغايته.

أما الأحكام التى وصل إليها الفقهاء فكثير منها ليس إلا انعكاسات لزمن معين أو حالة اجتماعية معينة. ولهذا فلا يمكن إعطاؤها صفة الصحة المطلقة والنفاذ الأبدى. وعلى هذا فالشريعة الحقيقة أكثر إيجازاً وأصغر حجماً من ذلك البناء القانونى الذى ساهمت فى تضخيمه وتوسيعه المذاهب الفقهية[2] .

لقد عاشت معظم الشعوب العربية منذ بداية هذا القرن فى ظلال قوانين أغلبها غريب الأصل والمنشأ. ولكن الناس ألفوها بمضى الزمن ونظموا حياتهم على أساسها، لأنها، أياً ما كان الرأى فيها ، تعبر عن روح العصر وتستجيب لحاجات أهله. وإنه لمن المخاطرة بمصالح الناس وباسم الشريعة الإسلامية

---

[1] د / عوض محمد عوض : **مهمة المشرع العربى فى ضوء النصوص الدستورية التى تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع** ، وقد نقلنا ما فى المتن عن سيادته بتصرف يسير مع بعض التعليقات الخاصة بنا .

٢ **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١١ .

وجلالها أن تصطنع بعض القوانين بغير روية ويقال أنها تطبيق للشرع الحنيف. ومن ثم تطبق بلا تدبر لمدى ملاءمتها أو تقدير لعواقبها. فتكون ثمرة ذلك نفور فئات من الناس من الشـــريعة الغراء وأحكامها وتطاول الجهال عليها وغلو الأعداء فى النيل منها. وأخطر من ذلك اتخاذ الفشـل فى فهمها وتطبيقها التطبيق الصحيح ذريعة للزعم بعدم صلاحيتها للتطبيق[1].

كما أن التعارض بين التشـــريعات القائمة والشـــريعة الإســـلامية ليس تعارضاً شاملاً يقتضى قلب النظام القانونى كله واستئصاله من جذوره وإحلال نظام قانونى جديد محله يختلف عنه جملة وتفصيلاً. وإنما التعارض فى حقيقة أمره محدود النطاق[2].

ويمكن تقسيم التشريعات القائمة من حيث مدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام الشريعة أقساماً ثلاثة: قسم يوافق أحكام الشريعة تماماً لأنه مستمد منها مباشرة، وقسم لا يخالف أحكامها وإن لم يكن مستمداً منها، وقسم يخالف أحكامها مخالفة صريحة .

النص فى الدستور على اتخاذ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع سيؤدى بطبيعة الحال إلى تنظيم الدولة على أسس مستمدة من الشريعة الإسلامية أو غير مخالفة لأصـــولها. ولن يتاح لنا تحقيق هذا الهدف إلا إذا وضـــحت لنا أحكام الشريعة تمام الوضوح .

فهل يعنى ذلك استئثار رجال الدين بمهمة التشريع . وبالتالى السيطرة على أجهزة الحكم فى الدولة ، بحيث تصبح الدولة فى عهدها الجديد دولة ثيوقراطية ؟

يحســن قبل الإجابة عن هذا الســؤال أن نحدد المقصــود بالثيوقراطية. فهذا المصطلح ينصرف إلى أحد معنيين :

أولهما : أن الثيوقراطية نظام يستمد تشريعاته من القوانين الإلهية .

والثانى : أنها نظام تستأثر طبقة رجال الدين بالسلطة السياسية العليا فيه. وإذا وقفنا عند المفهوم الأول فلا شـــك فى أن النص الدســـتورى الجديد قد جعل

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢١ .

[2] ولا يقدح فى ذلك القول باختلاف طبيعة التشـريعات الوضـعية عن التشـريع الإلهى اختلافاً جذرياً ، بل إن الجمع بين الفكرتين هو الصحيح . انظر فى عرض ذلك الشهيد / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، الجزء الأول ، ص ٥٩ وما بعدها . وانظر أيضـاص كتاب " **الوضـع القانونى المعاصـر بين الشـريعة الإسـلامية والقانون الوضعى** " المستشار / طارق البشرى ،دار الشروق ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٦ .

الدولة ثيوقراطية، لأنه أوجب على السلطة التشريعية فيها أن تستمد تشريعاتها بصفة أساسية من أحكام الشريعة الإسلامية .

أما إذا أريد بالثيوقراطية معناها الثانى فإن الدولة الجديدة لن تصـــبح ثيوقراطيـة بـأى حـال. وإذا كـان مفهومـا الثيوقراطيـة فى الغرب متلازمين. فالتلازم بينهما فى النظام الإســلامى غير قائم. فليس فى الإســلام طبقة متميزة تختص بالعلم بأحكامه وإقامة شــعائره. بل إن الإســلام لا يعرف طبقة من بنيه يوصـفون بأنهم رجال الدين. إن الإسلام دين واضـح المعالم، حلاله بين حرامه بين، وليس له ســدنة ولا كهنة ولا أحبار فيه ولا رهبان. وقد نزل الإســلام منذ أربعة عشـــر قرناً فى قلب صـــحراء العرب. فوعاه رجل البادية على ما به من سذاجة وتوسط فى الفهم والتحصيل. أما الفروع والتفاصيل التى لحقت أحكامه فيما تلا ذلك من عصـــور فليســت إلا اجتهادات أملاها اختلاف ظروف الزمان والمكان واختلاف مناهج الفقهاء. وإذا كان الإســلام يخص على العلم فإنه لا يحصر هذا العلم فى فئة من الناس. بل يجعل طلبه فرضاً على الناس كافة[1] .

وإذا كان اعتراض الآخرين يحمل فى ذاته عناصـــر الشـــك فى أمانته وصـــدقه، فإن دعاوى المتزمتين من المســلمين هى مكمن الخطر الحقيقى، لأن فهم هؤلاء المتزمتين للإســلام وعرضــهم إياه على الناس يشــوه بعض ملامحه ويجعل لمن لم تتح لهم الظروف دراســته – نصـــاً وروحاً – عذراً كبيراً فى التخوف من قيام الدولة عليه. وليس المقام هنا مقام الرد على تلك الدعاوى. لاتصالها بأمور خطيرة لا يمكن إبداء الرأى فيها فى بحث كهذا .

وقد وضع الدستور كل المخلصين للإسلام أمام مسئولية تاريخية جسيمة، عليهم أن يحملوها بأمانة وأن يظهروا الإسلام على حقيقته ديناً حنيفاً لا يرضـى بالظلم ولا يقر المحاباة بل يوزع العدل بين الناس بالقسطاس المستقيم[2].

- **المميزات المســتخلصــة لمفهوم تطبيق الشــريعة الإســلامية الغراء عند محكمة النقض :**

---

١ المرجع السابق مباشرة ، ص ٢٣ ، ٢٤

٢ المرجع السابق مباشرة ، ص ٢٨ .

من تتبعنا السابق لأحكام محكمتنا العليا حول تطبيقها لمبادئ وأحكام الشريعة الغراء يمكننا أن نرصد بعض المميزات الهامة لأسلوب المحكمة العليا فى هذا الصدد. وهى على التوالى :

أولاً : محاولة الاستخدام الخاطئ لأحكام الشريعة وتصدى المحكمة الموقرة لها :

وأمكننى فى هذا الصدد العثور على أمثلة لقضاء محكمة النقض تعد من وجهة نظرى نبراساً للقضاء المصرى تضيئ له طريق التطبيق الصحيح للشرع الحنيف بما ينأى به عن نماذج التطبيق المشوهة لحقائق هذا الشرع الأعز. وفى هذا الصدد قضت محكمتنا العليا بأن الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى فيها على الإقرار بظاهر اللسان ولا يجوز البحث فى جديتها ولا دواعيها أو بواعثها"[١].

وقضت كذلك حين حاول البعض التمسح فى أحكام الشريعة الغراء لتبرير غضب الحقوق، بأن "إسباغ صفة المسجدية على مكان يدخل فى ملك الغير مرفوض. وأصل ذلك ثبوت المسجدية للمكان لا يثبت من إنشاء بناء على أرض مملوكة للغير دون رضاه وإقامة مسجد أسفل هذا البناء، ومؤدى ذلك عدم ثبوت المسجدية له "[٢].

وقضت كذلك بأن "ثبوت المسجدية للمكان، شرطه، خلوصه لله تعالى وانقطاع العباد عنه. وجود مسكن أو مستغل فوقه أو تحته، عدم اعتباره مسجدا "أ"[٣].

وفى ذات الاتجاه المصحح لبعض الممارسات الاجتماعية لبعض مبادئ الشريعة الغراء بأن "الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان، اعتبارها من

١- الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٦/٨/٥ س ٤٧ ج ٢ ص ١١٣٤.

- الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ج ١ ص ٢٨٤
- الطعنان رقما ٢٧ و ٢٩ لسنة ٤٠ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ س ٢٥ص ١٤١٧
- الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٦ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٦٩/٥/٧ س ٢٠ ج ٢ ص ٧٥١
- الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٣ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٦٦/١/١٩ س ١٧ ج ١ ص ١٧٤

[٢] الطعن رقم ٤٣٣٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٧/١٢

[٣] الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠

الأملاك الدولة، شـرطه، أن تكون فى رعايتها وتدير شـئونها وتقوم بالصـرف عليها من أموالها "[1].

ثانياً : الدفاع عن الشـــريعة الغراء وإبطال نماذج التطبيق المشـــوهة لها ومنع إساءة استعمال مبادئها السمحاء :

وفى ذلك أكدت المحكمة العليا حرص الدسـاتير المتعاقبة على حماية حرية الدفاع أمام القضـــاء بما لا يســـوغ معه حرمان اى من أطراف الخصـــومة فى الدعوى من عرض أوجه دفاعه وتحقيقها، حتى ولو كان مرتداً عن الإســـلام، وأن حرية الدفاع من الحريات المقدسة التى تعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية.

وقد قضـت محكمتنا العليا تأكيداً لهذه المبادئ بأنه قد "حرصـت الدسـاتير المتعاقبة والقوانين المنظمة لإجراءات التقاضـــى على تقرير حق الدفاع وكفالته ما لا يسوغ معه حرمان أى من أطراف الخصومة فى الدعوى من عرض أوجه دفاعه وتحقيقها، وإلا كان فى ذلك مخالفة لما تقضـــى به المبادئ الأســـاســـية الواجب مراعاتها فى المحاكمات الجنائية. ولما كان الحكم قد رد على الدفع المبدئ من الطاعنة (بعدم سـماع دفاع المطعون ضـده لأنه مرتد عن الإسـلام ويعتبر فى حكم الميت ساقط الحقوق) بقوله: "إن القانون الوضـعى لم يأت به ما يحرم المرتد من الدفاع عن نفسـه فى اتهام جنائى منسـوب إليه أو دعوى مدنية رفعت قبله" وكان ما أورده الحكم سـائغاً وصـحيحاً فى القانون، فإن ما تثيره الطاعنة لا يكون سديداً ". فالمبادئ الأساسية الواجب مراعاتها فى المحاكمات الجنائية. توجب كفالة حق الدفاع لكل أطراف الخصـومة. كون المتهم مرتداً عن الإسلام لا يغير من ذلك"[2].

ثالثاً : الذود عن الشـــريعة ودفع الانتقادات الباطلة عنها تمهيداً وتوطئة لتقبل كافة طوائف المجتمع، بما فيها المواطنين الأقباط ، للتطبيق الكامل لأحكامها السمحاء:

وفى هذا الإطار أظهرت المحكمة العليا أن أحكام الردة فى الإســـلام لا تتنافى مع حرية العقيدة. فقضـــت بأن "أحكام الردة لا تتنافى مع حرية العقيدة التى كفلها الإســـلام، فليس لأحد أن يحمل إنســـاناً على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها ، لقوله تعالى "**لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ** "[3]، وقوله تعالى "**أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ**

---

[1] الطعن السابق مباشرة

[2] الطعن رقم ٩٦٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٥ س ٢٣ ص ١٤٤٠.

[3] البقرة:٢٥٦

حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ "[1]، ولا تطبق أحكام الردة إلا على المسلم الذى ارتد عن الإسلام ولا تنطبق على غير المسلمين بل يدعوهم الإسلام إليه بالحكمة والموعظة الحسنة، فإن لم يدخلوا فيه عن طواعية واختيار تركهم وما يدينون به مستظلين بحمايته فى تسامح يحفظ لهم حريتهم وكرامتهم وأموالهم وأعراضهم ودماءهم، ودخول الشخص فى الإسلام مفاده التزامه بأحكامه ومنها أحكام الردة، إذ لا يمكن فصل المعتقد عن آثاره المحسوسة فى السلوك "[2].

وكذلك وفى ذات الإطار أظهرت محكمة النقض أن أحكام الردة فى الإسلام لها ما يشابهها فى الشرائع الدينية الأخرى. ومن ناحية أخرى أعطت محكمة النقض ذات الحق الممنوح للقضاء الشرعى، أعطته للجهات الكنسية بأن أظهرت حق هذه الجهات فى إبطال الانضمام إليها بعد قبوله إذا تبين عدم جديته. فقضت بالآتى: "أن أحكام الردة معيار لاستمرار بقاء المسلم على إسلامه. وذلك حادث فى الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة لأتباعها. ولا تعدو أحكام الردة أن تكون معياراً لاستمرار بقاء المسلم على إسلامه يميزه عن غيره فيتعامل معه المجتمع المسلم على أساس هذه الصفة كعضو فيه، وذلك ما يحدث فى الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة لأتباعها إذ تشترط استمرار ولائهم لها، فإذا انضم إليها الفرد بأنظمتها ، فلها أن تخرجه منها أو تعزله عنها إذا خرج على مبادئها الأساسية التى انضم إليها وفقاً لها مع ما يترتب على ذلك من آثار، وتستلزم بعض الشرائع لصحة الزواج اتحاد الزوجين فى الدين أو المذهب أو الطائفة أو تعميدها وفقاً لطقوسهم، وتعتبر اختلاف الدين مبطلاً للزواج مانعاً لانعقاده وتوجب الفسخ أو التطليق فى حال اعتناق أحد الزوجين لدين آخر، وهذا لا يتنافى مع حرية العقيدة أو حرية الرأى، وهو نفس الأمر بالنسبة للتفريق بسبب الردة"[3].

وقضت كذلك: "للجهات الكنسية تتبع مدى سلامة الانضمام إليها بعد حصوله. حقها فى إبطال الانضمام بعد قبوله إذا تبين عدم جديته. أثر ذلك. اعتبار الشخص باقياً على مذهبه القديم. لمحكمة الموضوع مراقبة ظروف الإبطال والتحقق من صدوره فى نطاق السلطات الكنسية[4].

---

[1] يونس: من الآية٩٩

[2] الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٦/٨/٥ س ٤٧ ج ٢ ص ١١٣٤.

[3] **الطعون السابقة مباشرة** .

[4] الطعن رقم ٤٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ص ٣٤٥.

وتابعت المحكمة العليا قضـــائها المســـتنير ســـالف البيان مكملة نظرتها المتوازنة الرشيدة لهذه المسألة فحظرت فى أحكام عديدة لها على القاضى بحث جدية الاعتقاد الدينى أو بواعثه أو دواعيه مقررة أن " الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الإقرار بظاهر اللسان. ولا يجوز البحث فى جديتها ولا دواعيها أو بواعثها "[١].

- **نتائج مستخلصة من استقراءاتنا السابقة فى قضاء المحكمة العليا حول مضمون مصطلح "الشريعة الإسلامية" فى النظام القانونى والقضائى المصرى :**

إن المحكمة العليا تصـــدت مبكراً للمشـــكلات التى تتزامن دوماً مع تطبيق الشريعة الغراء مما يعصمها من مزالق كثيرة شوهت تطبيق الشريعة فى بعض الدول الإسـلامية التى لم يمتنع نظامها القضـائى بالرسـوخ العلمى قبل البدء فى التطبيق وكان من جراء ذلك عدم تنبيبها لمثل هذه المشكلات وحلها جذرياً بادئ ذى بدء عند تطبيق الشـرع الحنيف مما وصـم الشـرع الحنيف بما ليس فيه من أوصـــاف النقص الذى كان حرياً أن ينعت به القائمين على التطبيق المبتســـر، والشرع من هذه النعوت براء. وهذه المشكلات هى:

١- محاولة اسـتغلال تعدد الآراء الفقهية فى المسـائل التى ليسـت محال إجماع ولم يقم على الحكم فيها دليل قطعى الثبوت والدلالة للحيلولة دون وحدة النظام القانونى واستقرار الحلول القضائية للمسألة الواحدة وقد وأجهضت المحكمة العليا هذا الوضع المعيب بوسيلتين:

أ- تنبهها للفرق بين الشريعة والفقه ومن ثم تم تفريقها بين الكليات الشرعية محل الإجماع والأحكام محل الخلاف.

ب- تنبهها للقاعدة الأصـــولية المجمع عليها من أن اختيار ولى الأمر المسـائل الخلافية يترجم ويصـبح ملزماً كما لو لم يكن فى المسـألة إلى رأياً واحداً .

---

[١] الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٦/٨/٥ س ٤٧ ج ٢ ص ١١٣٤

- الطعن رقم ٤٤ لسنة ٦٥ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ج ١ ص ٢٨٤
- الطعنان أرقام ٢٧ ، ٢٩ لسنة ٤٠ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٧٤/١٢/١١ س ٢٥ ج ٢ ص ١٤١٧

٢- تصدت المحكمة العليا لمحاولات الالتفاف على مقاصد الشرع الحنيف أو التشبث بظواهر غير مقصودة للنصوص الشرعية أو التذرع بآراء مرجوحة فى الفقه لضعف أدلتها أو لعدم مناسبتها لظروف العصر ومقتضيات المصلحة الشرعية العامة.

٣- لم تتهيب المحكمة العليا الولوج فى معترك الاجتهاد بضوابطه الشرعية فأعملت ملكاتها العلمية وشمول نظرتها العصرية مرجحة بين الآراء الفقهية المنتمية للفقه الإسلامى بضوابط الترجيح الشرعية المعتمدة من الجمهور.

٤- وفى طور أكمل تجلى فيه إبداع المحكمة العليا اجتهدت بتقرير آراء شرعية فى مسائل لم تعرض من قبل على فقهاء الشريعة فى العصور المتقدمة . فأعظم بها من محكمة وأعظم به من قضاء.

وخلاصة ما تقدم أن علاقة المحكمة العليا بمفهوم الشرعية الغراء والذى اجتهدنا فى تفصيله على ستة جوانب كما سلف البيان، يمكننا أن نجرى له تقسيماً من زاوية أخرى إلى قسمين:

أولاً : اجتهاد المحكمة العليا فى ترجيح رأى شرعى فى المسائل التى تتعدد فيها آراء الفقهاء فى الشريعة الغراء.

ثانياً : اجتهاد المحكمة العليا اجتهاداً شرعياً مستحدثاً وغير مسبوق فى مسائل معاصرة لم يفصل فيها فقهاء الشريعة المتقدمين . ومثال هذه الحالة ما رأيناه فى أحكام المحكمة العليا عند حديثها عن طرق الطعن فى الأحكام، وما سقناه من أحكامها الخاصة بعدم ثبوت المسجدية على الأرض المغتصبة.

- **آراء السادة قضاة مصر فى مفهوم تطبيق الشريعة الإسلامية بعد التعديل الدستورى خارج نطاق الأحكام القضائية[١]:**

---

[١] وبالنسبة للمقارنة بين الأنظمة القانونية والقضائية العربية فيما يتصل بخطوات تطبيق الشريعة الغراء فلنلحظ أن السبق الذى حققه النظام القانونى والقضائى السعودى منحصراً فى مجموعة النصوص " الموضوعية " المنظمة لجرائم الحدود والقصاص : بينما حقق فى المقابل النظام القانونى والقضائى المصرى ثم الكويتى والإمارتى واليمنى والمغربى والسورى سبقاً ملحوظاً عن النظام السعودى فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى المسائل الإجرائية خاصة تلك المتعلقة بضمانات المتهمين فى مراحل الضبط والتحسين والمحاكمة . وكذلك حصانات القضاة وأعضاء النيابة العامة . فى مواجهة السلطات الإدارية وكذلك فى مجالات الإشراف القضائى على مؤسسات تنفيذ العقوبات . وأخيراً حققت هذه الأنظمة القانونية سبقاً على بقية الأنظمة العربية فى مجال كفالة وفاعلية أداء حق الدفاع .

في بحث طريف لأحد السادة المستشارين حاول فيه استطلاع رأى القضاة ومعرفة اتجاهاتهم خارج نطاق الأحكام التى يصدرونها فى المسألة المثارة. وقد انتهى سيادته إلى أن آراء القضاة يمكن حصرها فى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ويمثله غالبية رجال القضاء، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن تطبيق الشريعة الإسلامية أمل عزيز لديهم، وأمر محبب إلى قلوبهم إلا أنهم يلتزمون فى أحكامهم بنصوص القانون الوضعى حتى المخالف منها صراحة للشريعة الإسلامية ولا تواتيهم الجرأة للخروج على النصوص المخالفة للشريعة الإسلامية حتى لا تكون أحكامهم معيبة قانوناً، وهم يتنظرون ريثما ينتهى مجلس الشعب من إقرار مشروعات القوانين الإسلامية .

وقد أصدرت المحاكم المصرية العديد من الأحكام ما اتجهت مباشرة إلى الشريعة الإسلامية وأنزلت أحكامها على الوقائع المطروحة أمامها، ومن المحاكم ما طعنت بعدم دستورية القوانين المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، حتى أن النيابة العامة قد توخت فى قراراتها مبادئ الشريعة الإسلامية حينما أصدرت لإحدى النيابات قراراً بإعدام كمية من زجاجات الخمر كانت قد ضبطت فى إحدى القضايا وذلك تمشياً مع مبادئ الشريعة الإسلامية بينما كانت نصوص القانون الوضعى توجب مصادرتها فحسب.

الاتجاه الثانى : وتمثله قلة لكنها فى ازدياد مستمر، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن القاضى مكلف بتطبيق شرع الله هذا من الناحية الشرعية، أم من الناحية القانونية فيرى أنصار هذا الاتجاه أن النص فى المادة الثانية من الدستور هى المصدر الرئيسى للتشريع يلزم القاضى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية دون انتظار لعملية تقنين الشريعة وإقرارها من مجلس الشعب، وجاء فى حيثيات حكم أصدرته محكمة السويس الجزئية فى القضية رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ جنح اشتباه الأربعين بتاريخ ١٩٨١/٥/١٧ " وحيث أن ترتيباً على ما تقدم فإن القوانين السابقة على التعديل الدستورى الذى نص على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع منسوخة فى أحكامها المخالفة للشريعة الإسلامية ومعدلة بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للقوانين القابلة لهذا التعديل وسارية بالنسبة للقوانين التى تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية. وحيث إنه وأخذاً بما سلف بيانه من تقريرات قانونية، فإن القدر المتيقن والذى لا يمكن أن يثار بالنسبة له أى خلاف أن التعديل الدستورى سالف الذكر قد ترتب عليه فور نفاذه

راجع ذلك بالتفصيل فى مؤلفنا سابق الإشارة إليه " **تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر والجزيرة العربية كما هو الآن** " .

بطلان جميع القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية، وبمجرد صدور هذا التعديل فقد لفظت تلك القوانين أنفاسها الأخيرة وفارقت الحياة .

ومن ثم فإن القول بانتظار تطبيق أحكام الشـــريعة الإســـلامية حتى تقوم السلطة التشريعية بسن قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية فضلاً عن أنه مجرد قول ليست له أى قيمة قانونية أو غير قانونية معناه الوحيد أن تظل مصر دولة بغير قانون بالنســبة للقوانين المخالفة للشـــريعة الإســـلامية والتى ألغيت بالتعديل الدستورى سالف الذكر والقول بتطبيق الشريعة الإسلامية فيه إعمال لنص الدستور وتنزيه للمشرع عن العبث".

وهذا وبعض من أنصـار هذا الاتجاه اكتفى بالطعن بعدم دستورية القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية[١].

الاتجاه الثالث: وتمثله قلة ضئيلة تلتزم بالقوانين الوضعية وقلوبها مطمئنة بها ونفوســـها مرتاحة غليها ولا تهفو نفوس هذه الفئة إلى تطبيق شـــرع الله أو حتى مناصرة قضية تطبيق الشريعة الإسلامية بكلمة واحدة فى أسباب أحكامها.

هذه النظرة عامة على اتجاهات القضاء المصرى وموقفه من قضية تطبيق الشـريعة الإسـلامية يبين من خلالها مدى الحرج الذى يحس به رجال القضـاء بسبب عدم إقرار مجلس الشعب لمشروعات القوانين الإسلامية، فهم إن حكموا بالقوانين الوضـعية المخالفة للشـريعة الإسـلامية أرقهم ضـميرهم الدينى على مخالفتهم لحكام الشـــريعة الإلهية ولا ينقذهم من هذا الحرج ســـوى أن ينتهى مجلس الشعب من إقرار مشروعات القوانين الإسلامية وعســى أن يكون ذلك قريباً[٢].

---

[١] من المجهوادت العلمية المتميزة والتى تدل على عدم تقصير القائمين على أمر القضاء فى دعوة ولى الأمر وتبصيره بضرورة تطبيق الشريعة الإسلامية البحث القيم الذى كتبه المستشار / جمال المرصفاوى رئيس محكمة النقض حول نص المادة الثانية من الدســتور بعد تعديلها ، البحث القيم غير المنشــور بمكتبة محكمة النقض . وكذلك من هذه المجهودات أيضاً مذكرة هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا حول الموضوع المقدمة فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٥/٤ س ٣ ص ٢٠٩ ، و الطعن رقم ٤٧ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١ س ٣ ص ٢٧٤ . وهناك أيضاً المقال القيم حول نفس المسألة للأستاذ المستشار الدكتور / فتحى عبد الصبور رئيس المحكمة الدستورية العليا والمنشور بمجلة نادى القضاة ، المجلة الفصلية الأولى ١٩٨٣.

[٢] مستشار / مصطفى فرغلى الشقيرى: القضاء المصرى وقضية تطبيق الشريعة الإسلامية ، مجلة القضاة ، السنة الثالثة ، العددان الثالث والرابع ، مارس /إبريل ١٩٨٨، ص ٧٠ .

- **مدى وجوب فحص مبادئ محكمة النقض فى ضـــوء أحكام الشـــريعة الإسلامية امتثالاً للأمر الدستورى :**
- **اقتراحنا بتشكيل اللجنة العلمية لفحص مبادئ محكمة النقض الموقرة :**

لقد أصــبح لزاماً على كافة مؤسـســات الدولة فى مصــر أن تقوم بالامتثال للأمر الدسـتورى بالتحاكم إلى الشـريعة الإسـلامية باعتبارها المصـدر الرئيسـى للتشـــريع وترتب على ذلك وجوب قيام كل مؤســـســـة فى الدولة بما يحقق هذا الهدف الأسمى فى دائرة سلطانها[١].

ولا شــك عندى فى أن المشــرع الوضــعى قد امتثل إلى الأمر الدســتورى المذكور تبعاً لخطة قوامها التدرج والمحافظة على اســتقرار الأوضـــاع فى المجتمع. وقد يثور الخلاف حول مشــروعية التدرج فى تطبيق الشــريعة الغراء أو كيفيته ودرجته. إلا أن المشــرع الوضــعى قد ســار بخطى ثابتة نحو التطبيق الكامل الصـحيح للشـرع الحنيف، وقد رصـدنا التجربة التشـريعية فى العشـرين سنة المنصرمة فى هذا الصدد[٢].

---

[١] وأخذاً بهذا النظر فى وجوب قيام كل مؤسسات الدولة بما يمليه عليها التعديل الدستورى من السير حثيثاً صوب تطبيق الشرع الحنيف فقد عقد المؤتمر العام لتطبيق الشريعة الإسلامية تحت رعاية شيخنا فضيلة الإمام الشيخ / محمد زكى الدين إبراهيم وبمشاركة فضيلة الإمام الأكبر / عبد الحليم محمود شيخ الأزهر ، وفضيلة الشيخ / حسنين مخلوف مفتى الديار المصرية الأسبق ، وفضيلة الشيخ/ محمد متولى الشعراوى . وقد تشكلت عن هذا المؤتمر لجنة من كوكبة من المســتشـــارين وعلماء الأزهر توافرت على مراجعة كافة القوانين المعمول بها بمصــر طبقاً لأحكام الشــرعية الإســلامية ، ورفعت نتائج أعمالها إلى مجلس الشــعب . وقد ســار على نفس النهج مجمع البحوث الإسـلامية الذى شـكل لجنة تحضيرية قامت بإنجاز مشروع علمى ضـخم يتمثل فى تقنين كامل لأحكام الشـريعة الإسلامية بالصورة القانونية المعاصرة على المذاهب الأربعة ورفعت نتائج أعمالها إلى مجلس الشعب .

أنظر :

- الإمام الرائد / محمد زكى الدين إبراهيم : **المؤتمر العام لتطبيق الشــريعة الإســلامية** ، مطبوعات العشــيرة المحمدية.
- اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية : مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة ، مجمع البحوث الإسلامية ، ١٩٧٤ .

[٢] لنا بحث غير منشور بمكتبة محكمة النقض الموقرة قمنا بإعداده ضمن عملنا بالمكتب الفنى لمحكمة النقض حول اتجاهات التشـريع الوضـعى المصرى صـوب الشـريعة الغراء فى عشـرين عام بعنوان " التدرج فى العودة للشـرع الحنيف عمل مشترك بين السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية " ، تم إعداده عام ٢٠٠٠ .

ونحن نؤيد هذا التدرج الحادث ونرى أن تقديره يرجع لولاة الأمر كل فى مجال اختصاصه. وقد أخذ رئيس الدولة برأى المحكمة الدستورية العليا وحكمة النقض المعبران عن هذا الاتجاه. ومن ثم أمر بعدم صــــدور أية قوانين تخالف الشرع الحنيف مستقبلاً. وقد التزم المجلس التشريعى بذلك. وقد آن أوان الخطوة الثانية فى التدرج المحمود الذى تسـير عليه محكمتنا العليا ومن ورائها القضــاء بأســره. وكذلك الخطوة التالية على المشــرع الوضــعى ومن ورائه الســلطة التنفيذية. وقوام تلك الخطوة التالية كما نراها هو مراجعة كافة القوانين والمبادئ القضائية السابقة على التعديل الدستورى الذى نحن بصدد الحديث عنه. ونرى أن هذا الوقت هو أنسـب الأوقات للقيام بهذه الخطوة نحو تطبيق كامل للشـريعة الإسلامية وذلك لظروف عالمية وداخلية لا مجال لبسطها فى هذه الدراسة[١].

وحرى بالقضاء المصرى أن يواصل القيام بدوره المنوط به توطئة للتطبيق الكامل للشريعة الغراء فى أحكام القضاء المصرى. ورغم ما استقرأناه من سير حثيث من هذا القضــاء الأشـم صـوب التطبيق الكامل للشـريعة الغراء، إلا أننا نرى ضرورة مواصلة المسيرة دون انتظار لخطوات تشريعية فى هذا الاتجاه. فكثيراً من مبادئ المحكمة العليا يمكن إعادة النظر فيها لتوائم مبادئ الشـــريعة الغراء باســتخدام حق المحكمة فى تفســير النصــوص القائمة فعلاً ودون تريث لتعديلها[٢] .

---

[١] بينما حقق النظام القانونى والقضــائى الكويتى والإماراتى ســبقاً على النظام المصــرى فيما يتعلق بالنص التشلاريعى على جدول الديات وأحكام القصاص وحكومات العدل . ويقوم القضاة المصريون المعارون ببعمل بالكويت والإمارات بتطبيق هذه النصـوص بشـكل أشـاد به العلماء والخاصـة والمجتمع بل وبرع بعضــهم فى اسـتخراج اجتهادات شـرعية تكمل النصـوص التشـريعية . وكل ذلك فيه الرد الكافى على من يزعم فى مصـر والمغرب وسوريا بأن تطبيق هذا القدر من الشرع الحنيف يحتاج إلى إعداد طويل للقضاة قبل إصداره وتشريعاته . راجع ذلك بالتفصيل فى مؤلفنا سابق الإشارة إليه " **تطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر والجزيرة العربية كما هو الآن**" .

[٢] ويدخل ضـمن حالات التطبيق القضـائى المباشـر لأحكام الشـريعة الإسـلامية دون الانتظار لإجراء تعدبلات تشريعية ما قامت به بعض المحاكم من تقدير التعويض عن القتل الخطأ والاصابة الخطأ وفق الدية الشرعية مستفيدة فى ذلك من السـلطة التقديرية الواسـعة التى منحها المشـرع الوضـعى للقاضـى عند تقديره للتعويض . وقد عرضـت هذه الحالة على محكمة النقض فقررت حق القاضـى تقدير التعويض وفق ما يراه مناسـباً على ألا ينص فى حكمه على تقيده بمقدار الدية عند تقديره للتعويض مع جواز أن يتوافق هذا التقدير مع الدية الشـرعية. أنظر الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٤ س ٤٤ ص ٢٦١.

وقد رأينا كيف يمد علم التفسير وقواعده القاضى بكثير من الأدوات الفعالة التى يمكن من خلالها ممارسة حق القضاء فى التنسيق بين أجزاء النظام القانونى التى يبدو بينها تعارض .

وفى إطار ما سبق بيانه نقترح تشكيل لجنة علمية من رجال القضاء والفقه تحت إشراف المكتب الفنى للمحكمة العليا لتقوم بمراجعة شاملة لمبادئ المحكمة العليا من الوجهة الشرعية بسوق الدليل الشرعى على مخالفة المبدأ للشريعة إن كان، واقتراح العدول عنه لما يوافق أحد الآراء الشرعية إن كان من مسائل الخلاف أو الرأى الشرعى المجمع عليه إن كان. ومن ثم حصر الحالات المخالفة للشريعة من مبادئ المحكمة العليا والتى لا يمكن العدول عنها إلا بعد تعديل تشريعى، أى تخرج عن سلطان المحكمة العليا ويلزم للعدول عنها تعديل النص الوضعى المخالف للشريعة والذى تستند إليه تلك المبادئ[1].

وكذلك على تلك اللجنة بيان إمكانية "تحييد النص" عن طريق "عدم تطبيقه" أو "استبعاده" وملء الفراغ فى إطار نص وضعى آخر غير مخالف. وذلك باستخدام العامل التنسيقى بين النصوص وأدوات علم التفسير مثل قاعدة الاستثناء الضمنى التى سيأتى بيانها فى الباب الثانى . وغير ذلك من أدوات وأساليب ومناهج التفسير المختلفة[2] .

---

[1] ونرى ضرورة أن يتواكب مع اللجنة العلمية المقترحة فى المتن لجنة أخرى تشكل بدار الإفتاء التابعة لوزارة العدل ولجنة ثالثة بالأزهر الشريف ومن محصلة عمل تلك اللجان الثلاث من الممكن أن يستعد القائمون على القضاء والفتيا والتعليم القانونى للتطبيق المستنير للشريعة الإسلامية وأن يقدموا تصوراً متكاملاً لها فى المجال التشريعى والقضائى .

[2] ويمكن أن نسوق مثالاً على مبدأ مستقر لمحكمة النقض يكون محل نظر فى مدى شرعيته بما هو مستقر من قديم فى قضاء النقض من أن " المجنى عليه فى الدعوى لا يعتبر خصماً للمتهم فيها ... ومن ثم للمحكمة أن تسمع للمجنى عليه فى الدعوى كشاهد على المتهم وتقيم قضاءها بالإدانة على تلك الشهادة " . الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٠ قضائية السنة الثانية، **مجموعة المكتب الفنى** ، جلسة ١٩٥١/٣/١٢ . وذات الأمر يمكن رصده فى المبدأ المستقر للمحكمة الموقرة بشأن عدم عقاب مرتكب الفحشاء مع الفاعلة الأصلية فى الجريمة الاعتياد على ممارسة الدعارة .

الفصل الثالث

دور محكمة النقض والمحاكم الأخرى فى التفسير

المبحث الأول

لمحة تاريخية عن تطور النظام القضائى المصرى

مر النظام القانونى فى مصر بأدوار مختلفة يمكن حصرها فى ثلاثة رئيسية هى[1]:

أولاً : العصر الفرعونى وما يلحق به من عصور الفرس واليونان والرومان .

ثانياً : العصر الإسلامى وهو يمتد من الفتح الإسلامى حتى إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٦ ميلادية .

ثالثاً : العصر الحديث وهو يبدأ من إنشاء المحاكم المختلطة حتى الآن.

ولن يسعنا فى هذا التمهيد أن نتكلم التفصيل عن النظام القانونى الخاص بكل عصر من هذه العصور، ومن ثم سوف نكتفى ببيان أهم سماته التى تساعدنا على تناولنا للمنهج القانونى فى مصر الحديثة .

أولاً : العصر الإسلامى وهو يمتد من الفتح الإسلامى حتى إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٦ ميلادية[2]:

ساد النظام الشرعى الاسلامى فى مصر منذ الفتح العرب لها على يد عمرو بن العاص سنة ٦٤٠ ميلادية، فكان القضاء نوعاً من الإمامة، يتولى فيه القاضى سلطته بتقليد من الخليفة الذى يعين قاضى القضاة، وهو بدوره يعين القضاة، الذين يختصون بالنظر فى مختلف أنواع المنازعات، فلم يكن هناك توزيع للاختصاص بالنسبة إلى موضوع الدعوى، كما لم يعرف القضاء الإسلامى نظام تعدد القضاة فكان الأصل هو وحده القاضى.

وكان يتعين على القاضى أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية الملائمة للموضوع دون التقيد بمذهب معين، إلى أن جاء الفاطميون إلى مصر فأصبح

---

[1] سعيد الصادق : **المنهج القانونى فى الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية** ، دار النهضة العربية، ١٩٧٧ . ص ٢٥٦ .

[2] د / سعيد الصادق : **المرجع السابق** ،ص ٢٥٨.

المذهب الشيعى هو المذهب الذى يجب على القضاة أن يلتزموه فى أحكامهم، وبزوال حكم الفاطميين انتهى الأخذ بمذهبهم وساد المذهب الشافعى إلى أن وصل المماليك إلى الحكم فأعادوا الأخذ بمذاهب السنة الأربعة، ولكن العثمانيين ألغوا هذا التعدد وأوجبوا الأخذ بالمذهب الحنفى الذى كانت له الغلبة فى بلادهم، وقد استمر الحال على ذلك حتى سنة ١٨٧٦ميلادية حيث صخرت مجموعة القوانين المدنية المختلطة، وما تلاها من صدور المجموعة المدنية الأهلية الأولى سنة ١٨٨٣ميلادية[١] .

وكان نتيجة للمبدأ الأساسى الذى ساد الإسلام من أنه "**لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ** "[٢]، أن تقرر ترك غير المسلمين أحراراً إن شاءوا تحاكموا إلى قضاتهم ليحكموا بينهم طبقاً لأصول دينهم ، وقد تأيد ذلك فى قوله تعالى " **فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم**"[٣]، وقوله " **وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ**"[٤]، وما قرره عمر بن الخطاب بناء على ذلك من أننا "أمرنا بتركهم وما يدينون"، على أن وجود خصم مسلم فى الدعوى كان يجعل القاضى المسلم مختصاً بالحكم فيها وجوباً .

- **الامتيازات الأجنبية والطائفية :**

وقد نتج من ترك غير المسلمين أحراراً فى الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية أو الاحتكام إلى قضاتهم ليحكموا بينهم طبقاً لأصول دينهم، ولأن كان هنا قضاة مليون يحكم كل منهم بين أهل ملته بحسب أصول تلك الملة، ولما كثر نزوح الأجانب إلى مصر بقصد التجارة أعطى صلاح الدين الأيوبى عهداً للإيطاليين من جمهورية بيزا أسموه امتيازاً يبيح لهم أثناء وجودهم فى مصر الالتجاء إلى قناصلهم فيما يقع بينهم من منازعات، وقد سار سلاطين مصر من بعد صلاح الدين على ذلك الدرب حتى جاء العثمانيون إلى مصر فمنحوا الأجانب امتيازات جعلتهم غير خاضعين للقضاء الوطنى، فصار الأصل أن الدعوى ترفع أمام محكمة المدعى عليه، فإذا كان المدعى عليه من الأجانب رفعت الدعوى إلى قنصليته، وقد انتهى الحال فى منتصف القرن التاسع عشر

---

[١] د / شفيق شحاته ، **تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصر منذ عهد محمد على** ، دار إحياء الكتب العربية ، ١٩٦١ ، ص ٤٠-٤٨ .

[٢] سورة البقرة: من الآية٢٥٦

[٣] سورة المائدة: من الآية٤٢

[٤] سورة المائدة: من الآية٤٩

إلى أن محاكمة الأجانب عن الجرائم التى يرتكبونها فى البلاد بل وعما يرتكبونه من مخالفات الصحة أو المرور أو غيرها لا تتم إلا بمعرفة قناصلهم أيضاً، وقد أدت هذه الأوضاع إلى قيام نظام قانونى مصرى شاذ، تسوده الفوضى، ويعمه الاضطراب[1].

ولما ضجت البلاد من هذا النظام الشاذ، سعى نوبار باشا، ناظر الحقانية إذ ذاك ــ بناءً على توجيه الخديوى إسماعيل ــ إلى إصلاح الاضطراب الناتج عن تلك الامتيازات، وقد انتهى بعد مفاوضات شاقة وجهود مضنية مع الدول صاحبة الامتيازات إلى حل وسط يتمثل فى إنشاء محاكم مختلطة على نمط المحاكم الأوربية[2] .

ثانياً : العصر الحديث وهو يبدأ من إنشاء المحاكم المختلطة حتى الآن[3]:

تبدأ النظم القانونية والقضائية المصرية الحديثة بإنشاء المحاكم المختلطة التى كانت تختص بالنظر فى المنازعات بين المصريين والأجانب وبين الأجانب المختلفة الجنسية فى المواد المدنية والتجارية وجانب جنائى محدود، والتى عقدت أول جلسة لها فى الأول من فبراير سنة ١٨٧٦[4]، وكانت تطبق المجموعات القانونية التى صاغها المحامى الفرنسى مونورى Mounoury على نسق التقنيات الفرنسية، وأصدرتها الحكومة المصرية بعد موافقة الدول صاحبة الامتيازات، فكانت ما يعرف بالتقنيات المختلطة: القانون المدنى المختلط، وقانون التجارة المختلط، وقانون التجارة البحرية المختلط، وقانون المرافعات المدنية التجارية المختلط، وقانون العقوبات المختلط، وقانون تحقيق الجنايات المختلط .

---

[1] الأستاذ / أحمد فتحى زغلول : **المحاماة** ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٠٠ ، ص ٢٠٧ وما بعدها .

[2] د / شفيق شحاته ، **تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصر منذ عهد محمد على، المرجع السابق،** ص ٥٨ ، ٥٩.

[3] سعيد الصادق : **المرجع السابق**. ص ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢.

[4] كانت هذه المحاكم تصدر أحكامها باسم الحكومة المصرية ، وكان يتم تشكيلها من قضاة معظمهم من الجانب ،وكانت اللغة الغالبة بينهم هى اللغة الفرنسية أو الإيطالية ، ومن ثم كانت المرافعات تجرى أمامها بإحدى هاتين اللغتين ، على الرغم من أن اللغة العربية كانت مقررة رسمياً بمقتضى لائحة الترتيب النظامية، وكان نتيجة طبيعية لذلك أن احتكر الأجانب مهنة المحاماة أمام تلك المحاكم ، انظر تفصيل ذلك : كتاب المحاماة ، الأستاذ / أحمد فتحى زغلول ، ص ٢٩٤- ٣٠٠ .

وقد دعت الحاجة بعد إنشـــاء المحاكم المختلطة إلى وجوب تنظيم المحاكم الوطنية المختصـة بالفصل فى المنازعات التى تثور بين المصـريين على غرار ما تم من تنظيم للمحاكم المختلطة، فصدرت فى ١٤ من يونية سنة ١٨٨٣ لائحة بترتيب المحاكم الأهلية، التى عقدت أول جلســة لها بالفعل فى أول يناير ســنة ١٨٨٤، حيث صـارت صـاحب الاختصـاص القضـائى العام، المدنى والتجارى والجنائى، بين المصـــريين، ولم يبق فى اختصـــاص المحاكم الشــرعية ســوى مسائل الأحوال الشـخصـية، وقد تم بمناسبة تنظيم هذه المحاكم تشكيل لجنة من مصـريين وأجانب برئاسة ناظر الحقانية تولت صـياغة قوانين أهلية على نسق التقنيات المختلطة السابق الإشارة إليها[1].

وبعد إنشـــاء المحاكم الأهلية واكتمال نظام القضـــاء الوطنى، تم فى ٨ مايو سنة ١٩٣٧ الاتفاق مع الدول صاحبة الامتيازات على إلغاء تلك الامتيازات بعد فترة انتقال لمدة ١٢ عاماً، حيث تم إلغاء المحاكم المختلطة بالفعل فى١٥من أكتوبر سنة ١٩٤٩، وفى موازاة هذه التطورات صدر القانون المدنى الجديد فى ١٦من يوليو ســنة ١٩٤٨على أن يعمل به ابتداءً من ١٥ أكتوبر ســنة ١٩٤٩، وصـــدر معه قانون للمرافعات فى ٢٩ من يونية ســـنة ١٩٤٩، وهو ما رؤى إلغاؤه وإصدار قانون جديد يتلائم مع الوضـاع الجديدة فى البلاد فى ٧ من مايو ١٩٦٨[2].

ويتضح من استعراضنا السابق لعصور تاريخ القانون فى مصر انقطاع الصلة تماماً بين القانون المصرى الحديث والقانون المصرى القديم (فى عهد الفراعنة والفرس واليونان والرومان)، وأن أحكام الشريعة الإسلامية ظلت مطبقة فى مصر نحواً من ثلاثة عشر قرناً (منذ فتح العرب لها فى سنة ٦٤٠ ميلادية حتى سنة ١٨٨٣م تاريخ إنشاء المحاكم الشخصية بالنسبة إلى المسلمين حتى يومنا هذا.

---

[1] – د / شـــفيق شـــحاته : **التاريخ العام للقانون فى مصــــر القديمة والحديثة** ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٢، ص٤١١ وما بعدها.

– د / شـفيق شـحاته ، **تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصـر منذ عهد محمد على ، المرجع السابق** ، ص ٥٨-٦٤.

[2] – د / شـــفيق شـــحاته : **تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصــــر منذ عهد محمد على ، المرجع السابق**، ص ٦٤.

– د / رمزى سيف : **الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية** ، الطبعة الثامنة ، دار النهضة العربية، ١٩٦٩ ، ص ٣، ٤ .

المبحث الثانى

دور محكمة النقض فى التفسير القضائى

فى هذا المبحث ندرس دور محكمة النقض فى التفسير القضائى، من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول: التعريف بمحكمة النقض ووظيفتها فى إطار السلطة القضائية فى مصر وفرنسا، والمطلب الثانى: محكمة النقض ونظرية الطعن أمامها، ويدور ذلك من خلال عرض أولاً :آراء الفقهاء حول مهمة المحكمة العليا، ثانياً: نشاط قاضى الموضوع كما تراه محكمة النقض، ثالثاً: المبادئ العامة التى أرستها محكمة النقض لضبط الصلة بينها وبين محاكم الموضوع، أما المطلب الثالث فيتناول رأينا حول ضبط حدود رقابة المحكمة العليا على محاكم الموضوع من خلال مرحلتين :

المرحلة الأولى : حدود رقابة محكمة النقض على فهم قاضى الموضوع للنزاع (تحصيل القاضى للواقعة).

والمرحلة الثانية: رقابة محكمة النقض على تطبيق قاضى الموضوع للقانون على النتائج التى استخلصها من الواقع (تنزيل الحكم القانونى على الواقعة).

المطلب الأول

التعريف بمحكمة النقض ووظيفتها

في إطار السلطة القضائية في مصر وفرنسا

رسم الأستاذان المرحومان حامد فهمى ود / محمد حامد فهمى الإطار العام الذى تعمل فيه محكمة النقض بقولهما: " .. إن محكمة النقض.. هى هيئة قضائية عملها المباشر هو الحكم بين الأفراد فى منازعاتهم التى يعرضونها عليها، تؤديه فى حدود وظيفتها القضائية، وتتقيد فيه بكل القيود العامة التى يخضع لها القضاة فى أداء وظيفتهم، فهى من أجل ذلك لا تنظر من تلقاء نفسها فى حكم لم يطعن فيه أمامها المحكوم عليه، ولا تقبل طعناً من غير ذى صفة ومصلحة، أو بعد فوات ميعاد الطعن، أو بغير مراعاة للإجراءات الشكلية والمواعيد الواجبة الإتباع .

ولا تحكم فى غير ما يطلب منها القضاء فيه، فلا تنظر إلا فى الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الحكم ، وبينها الطاعن فى تقرير الطعن، ولا تقبل من الطاعن التمسك بأسباب للنقض غير التى فصلها فى التقرير، ولا تقبل من الخصوم إبداء أسباب شفوية فى جلسة المرافعة غير التى أدلوا بها فى مذكراتهم الكتابية، ولا تتولى بنفسها مراجعة ملف الدعوى المحكوم فيها، وإنما تقضى على واقع المستندات والمذكرات المقدمة إليها من الخصوم أنفسهم"[١].

أنشأت محكمة النقض فى مصر فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ محكمة واحدة مقرها القاهرة، بوصفها قمة الهرم القضائى ورأس السلطة القضائية . إحدى السلطات الثلاث القائم عليها نظام الحكم فى مصر. وبعد أن كان قضاء النقض دائرة من دوائر محاكم استئناف القاهرة .

وهكذا استمر وضع محكمة النقض طبقاً للدستور المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٧١، وقانون السلطة القضائية المكمل للدستور (مادة ١٦٥ من الدستور، ومادة ١من قانون السلطة القضائية) .

وإذا كان قد أنشأ فى مصر، فيما بعد ، مجلس الدولة الذى اختص بالمسائل الإدارية، ثم المحكمة الدستورية العليا التى اختصت بالنظر فى دستورية القوانين، فقد أخرجهما الدستور عن محاكم السلطة القضائية. ونص على أنهما هيئتان قضائيتان مستقلتان وأسند إليهما اختصاصات محددة بذواتها (مواد ١٧٢، ١٧٤، ١٧٥ من الدستور) بينما استمرت الولاية العامة فى المنازعات

---

[١] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٢ .

لجهة المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض (مادة ١٥من قانون السلطة القضائية) .

وشكلت محكمة النقض برئاسة رئيس محكمة النقض، الذى هو أيضاً طبقاً للدستور وقانون السلطة القضائية، رئيس هذه السلطة ورئيس مجلس القضاء الأعلى الذى يختص بنظر كل شئون القضاة والقضاة وأعضاء النيابة العامة، ولا يجوز إصدار قانون يتعلق بالقضاء والنيابة العامة دون أخذ رأيه (مواد ٣ ، ٧٧ مكرراً ، ٧٧ مكرراً "٢" من قانون السلطة القضائية) .

وتضم محكمة النقض فى تشكيلها عدداً من نواب رئيس المحكمة والمستشارين، ولا يعين فى محكمة النقض إلا خيرة رجال القضاء فى مصر كفاءة وسمعة وبعد العرض على الجمعية العامة لمحكمة النقض وموافقة القضاء الأعلى (مادتان ٣ ، ٤٤ من قانون السلطة القضائية) .

وتتكون محكمة النقض من ثلاث وثلاثين دائرة منها أربع عشرة لنظر المواد الجنائية وتسع عشرة لنظر المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية والمواد الأخرى. وهذه الدوائر يرأسها إما رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه، وعند الاقتضاء أقدم المستشارين بها، وتتكون كل منها من عدد كاف من الأعضاء، على أن تصدر الأحكام من خمسة منهم (مادة ٣ من قانون السلطة القضائية) .

وتشكل الجمعية العامة لمحكمة النقض هيئتين عامتين كل منها من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه، إحداهما للمواد الجنائية والأخرى للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها. وإذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى إلى إحدى الهيئتين السابقتين بحسب الأحوال للفصل فيها، وتصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل. أما إذا رأت العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة صادرة من دوائر أخرى، والجنائية ومدنية، أحالت الدعوى إلى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيها، وتصدر الأحكام فى هذه الحالة بأغلبية أربعة عشر عضواً على الأقل (مادة ٤ من قانون السلطة القضائية) .

وتقوم بأداء وظيفة النيابة العامة لدى محكمة النقض نيابة عامة مستقلة. ويكون لها بناءً على طلب المحكمة حضور مداولات الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد، دون أن يكون لممثلها صوت معدود فى المداولات، وتؤلف من مدير يختار من بين مستشارى النقض أو الاستئناف أو المحامين العاملين على الأقل، يعاونه عدد كاف من الأعضاء من درجة وكيل نيابة ممتازة على الأقل. ويكون اختيار مدير النيابة وأعضائها بعد أخذ رأى

رئيس محكمة النقض وموافقة مجلس القضاء الأعلى (مادة ٢٤ من قانون السلطة القضائية).

وحرصاً من المشرع على توثيق أحكام محكمة النقض ونشرها ليعلم بها المشتغلون بتطبيق القانون ودارسوه، فقد نص قانون السلطة القضائية على أن يكون بمحكمة النقض مكتب فنى يؤلف من رئيس يختار من بين مستشارى المحكمة ومن عدد كاف من الأعضاء من درجة مستشار أو رئيس محكمة أو قاض. ويكون اختيارهم بموافقة مجلس القضاء الأعلى بناء على ترشيح رئيس محكمة النقض . وأهم اختصاصاته استخلاص المبادئ القانونية التى تقررها المحكمة فيما تصدره من الأحكام وتبويبها ومراقبة نشرها، وإصدار مجموعات الأحكام، والنشرة التشريعية، وإعداد البحوث الفنية، والإشراف على جداول المحكمة، وعرض الطعون المتماثلة والمرتبطة أو التى يحتاج الفصل فيها إلى تقرير مبدأ قانونى واحد على رئيس المحكمة لنظرها أمام دائرة واحدة الأعلى (مادة ٥ من قانون السلطة القضائية) .

والأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض هى الأحكام الإنتهائية سواء فى المواد الجنائية أو المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها. وبالنسبة للمواد الجنائية لا يجوز الطعن إلا فى الأحكام الصادرة فى الجنايات والجنح (مادة ٣٠ من قانون النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩). وقد أجاز القانون للنائب العام الطعن لمصلحة القانون فى المواد الجنائية أو المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ودون التقيد بمواعيد الطعن (مادة ٢٥٠ من قانون المرافعات).

وأحوال الطعن بالنقض، وسواء فى المواد الجنائية أو المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها ، وهى :

١- إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة القانون، أو على خطأ فى تطبيقه أو تأويله .

٢- إذا وقع بطلان فى الحكم .

٣- إذا وقع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم .

(المادتان ٣٠ من قانون النقض ، ٢٤٨ من قانون المرافعات) .

وهذا الحق مخول فى المواد الجنائية للنيابة العامة والمحكوم عليه والمسئول عن الحقوق المدنية والمدعى بها، وفى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها الخصوم وللنائب العام لمصلحة القانون .

ولمحكمة النقض، طبقاً لقانون النقض، ما يلى :

لها أن تنقض الحكم لمصـلحة المتهم من تلقاء نفسـها، إذا تبين لها أنه مبنى على مخالفة القانون أو على خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله، أو أن المحكمة التى أصـدرته لم تكن مشكلة وفقاً للقانون أو لا ولاية لها فى الفصل فى الدعوى، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون أصلح للمحكوم عليه يسرى على واقعة الدعوى (مادة ٣٥ فقرة ثانية من قانون النقض).

إذا اشـتملت أسـباب الحكم على خطأ فى القانون أو فى ذكر نصـوصـه، وكـانـت العقوبـة المحكوم بها مقررة فى القـانون للجريمـة، لا تنقض المحكمـة الحكم وتصـــحح الخطأ الذى وقع فيه (مادة ٤٠ من قانون النقض). وإذا كان الحكم صـــادراً حضـــورياً بعقوبة الإعدام، وجب على النيابة العامة أن تعرض القضـية على محكمة النقض فى خلال ميعاد الطعن (٦٠ يوماً)، مشـفوعاً برأيها فى الحكم (مادة ٤٦ من قانون النقض) وذلك توفيراً للضـــمانات الكافية نحو التحقق من صحة إنزال هذه العقوبة الخطيرة، مما يترتب استبانة محكمة النقض لعيوب الحكم، إذا وجدت، من تلقاء نفســها غير مقيدة فى ذلك برأى النيابة العامة، ولها أن تنقض الحكم سواء بسبب بطلانه أو الخطأ فى القانون.

كذلك، وطبقاً للمادتين ٩٣، ٢٠٥ من الدســتور، تختص محكمة النقض بالتحقيق فى الطعون فى صحة عضوية أعضاء مجلسى الشعب والشورى دون أن تفصــل فى صــحة لعضــوية. ولئن كان الأصــل أن الأحكام النهائية واجبة التنفيذ، إلا أن المشـــرع صـــوناً للعدالة التى تأبى تنفيذ أحكام مرجحة الإلغاء ، أجـاز لمحكمـة النقض وقف تنفيذ الأحكـام المطعون عليهـا فى المواد المـدنيـة والتجارية والأحوال الشـخصـية مؤقتاً ولحين الفصـل فى الطعن، إذا طلب ذلك فى صـحيفة الطعن وكان يخشـى من التنفيذ وقوع ضـرر جسـيم يتعذر تداركه. (المادة ٢٥١ فقرة ثانية من قانون المرافعات المضـــافة بالقانون رقم ٦٥ لســنة ١٩٧٧) .

كذلك ولذات العلة أجاز المشـرع فى المواد الجنائية إذا كان الحكم صـادراً من محكمة الجنايات بعقوبة ســالبة للحرية (مادة ٣٦ مكرراً من قانون النقض المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لســنة ١٩٩٢). وفى جميع الأحوال على المحكمة إذا أمرت بوقف التنفيذ أن تحدد جلسـة لنظر الطعن أمامها فى ميعاد لا يجاوز سـتة شـهور .

والأصل أنه إذا ما نقضت محكمة المقض الحكم تعيد الدعوى إلى المحكمة التى أصـدرته لتحكم فيه من جديد مشكلة من قضـاة آخرين (مادة ٣٩ فقرة ثانية من قانون النقض ، ٢٦٩ فقرة ثالثة من قانون المرافعات) وذلك كفالة لحســن سير العدالة وكضمانة للمحكوم عليه.

ومع ذلك، إذا ما تبين لمحكمة النقض أن محكمة أول درجة لم تستنفد سلطتها فى نظر الموضوع ، فتعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فيه.

وإذا ما نقضت محكمة النقض الحكم ، اقتصر نطاق الخصومة أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى على المسألة التى فصل فيها حكم النقض دون غيرها. كما تلتزم هذه المحكمة بحكم محكمة النقض فى الأحوال الآتية:

إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص ، تعين محكمة النقض المحكمة المختصة ، والتى تلتزم بالاختصاص (مادة ٢٦٩ فقرة أولى من قانون المرافعات).

إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً بقبول دفع قانونى مانع من السير فى الدعوى ، كالحكم بعدم قبول الاستئناف شكلاً، أو بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، ونقضته محكمة النقض وأعادته إلى المحكمة التى أصدرته لنظر الموضوع، فلا يجوز لهذه المحكمة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض (مادة ٤٤ من قانون النقض) .

لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحكم بعكس ما قررته الهيئة العامة للمواد الجنائية أو المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض.

وإذا كانت القاعدة التقليدية أن محكمة النقض ليس لها بعد نقض الحكم أن تنظر موضوع القضية، إلا إن القانون أجاز ذلك إذا كان الطعن بالنقض للمرة الثانية (مادة ٤٥ من قانون النقض ، ٢٦٩ فقرة رابعة من قانون المرافعات) .

وأحكام النقض غير جائز الطعن فيها، ومع ذلك ولأن العدالة تأبى تطبيق هذا الأصل بالنسبة إلى الأحكام الفاصلة فى شكل الطعن، إذا بنيت على خطأ مادى ، فقد استقر قضاء النقض على أن للطاعن أن يطلب فى هذه الحالة من محكمة النقض إعادة النظر فى حكمها .

وإن للسوابق القضائية التى قررتها محكمة النقض لدى المتقاضين ولدى المحاكم الأخرى منزلة القانون. ومن قضائها تقررت مختلف القواعد القانونية فى شتى مجالات القانون وثبت القضاء بها بلا خلاف. ونزل الشارع على ملاحظاتها وتلافى عيوباً فى التشريع كشفت عنها وقنن قواعدها. ومن تأصيلها وتفسيرها وتفصيلها استلهم الفقه أهم مصادره. ومن مستشاريها منذ نشأتها نهل كل قضاة مصر أصول العمل القضائى وتقاليد القضاء ورفعته وشموخه وقيمه العليا الخالدة أبد الدهر.

- **تطوير محكمة النقض :**

منذ أنشـــئت محكمة النقض فى٢ مايو ســـنة ١٩٣١، وهى تؤدى عظيم رسالتها المقدسة فى محراب القانون تقعد القواعد وترسى المبادئ الحاسمة لكل خلاف وتنير السبيل فى تفسير القانون وتطبيقه وتسد النقص فى التشريع، لأن القانون من صـنع البشـر والاختلاف فى القضـاء فى المسـألة القانونية الواحدة واقع لذا كانت محكمة النقض، وهى على قمة النظام القضـائى، تمارس مهمتها الجليلة فى توحيد أحكام القضاء بقواعدها السامية فى نفوس القضاة والمتقاضين حيال تطبيق القانون وتفسـيره، وبالتالى وحدة القانون الوطنى ذاته. الأمر الذى يحقق فى النهاية مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون .

غير أن الأمر كما لاحظ الفقيه الفرنسى **Andre Tune** فى البحث الذى اختتم به مؤتمر باريس الذى عقد فى ســنة ١٩٧٨ حول دور محكمة النقض فى القانون المقارن . أن من العبث البحث بين الأنظمة القضـائية المختلفة لرســم معالم محكمة نقض مثلى **"Ideale"**. إن وجود محكمة نقض واحدة لا يضـمن فى حد ذاته وحدة القضـاء، ذلك أن تعدد دوائرها، وهو أمر تحتمه كثرة الطعون وتنوعها يتيح الفرصة إما اختلاف أحكامها.

وقد حاولت بعض البلاد مثل لكسـمبورج واليونان تجنب ذلك بأن اعتبرت محكمة النقض هيئة واحدة تنظر الطعون فى المســائل المدنية والجنائية على ســواء، بل ذهبت بعض البلاد مثل فرنســا وإيطاليا إلى الأخذ بنظام الدوائر المتخصصة فى فرع من فرعى القانون العام والخاص .

وقد أخذت مصر بهذا النظام، وعلى ذلك جرى نص المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢المعدل بالقانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٣، و١٧ لسنة ١٩٧٦.

بينما أخذت ألمانيا بنظام التخصص الدقيق ، وذلك بتخصيص كل دائرة من الدوائر المدنية العشـر لمحكمتها الفيدرالية بنوع معين من القضـــايا المدنية، فخصــت الدائرة الأولى مثلاً بمســائل الملكية التجارية والتمثيل التجارى والنقل والثانية بالأوراق التجارية والشـركات، والتاسـعة مثلاً بمسائل تعويض ضـحايا الاشتراكية الوطنية .

وهنا يثور الســؤال كيف يمكن التغلب على ما يمكن أن ينجم عن تعدد الدوائر من اختلاف فى قضــائها؟ والإجابة أن هناك عدة وســائل لمواجهة هذه المشكلة أخذت الأنظمة القضائية المختلفة ببعضها أو بكلها وهذه الوسائل هى:

١- أن يلحق بالمحكمة مكتب فنى للإشــراف على جدول المحكمة، ويتولى عرض الطعون المتماثلة والمرتبطة التى يحتاج الفصــل فيها إلى تقرير

مبدأ قانونى واحد على المحكمة ، وذلك لنظرها أمام دائرة واحدة، وهو ما تأخذ به مصر (م ٥ من قانون السلطة القضائية).

٢- أن يتاح لقضــاة المحكمة العليا (النقض) بصــفة عاجلة على كافة الأحكام المتعلقة بالمســـائل القانونية المطروحة عليها. ويتم ذلك بتوفير وســـيلة للاطلاع على هذه الأحكام .

وقد ذهبت الأنظمة القانونية المختلفة لتحقيق هذا الهدف مذاهب شـــتى، ففى النمسا أنشـئ سنة ١٨٥٤سجل للأحكام **Registre Des Decisions** تقيد فيه الأحكام الصادرة من المحكمة العليا.

ثم أنشـــئ فى ســـنة ١٨٧٢ نظام فهرســـت الأحكام **Repartoire De Decisions** الذى أوجب تدوين ملخص بكافة أحكام المحكمة العليا. غير أن الأسـلوب الحديث للاطلاع يتمثل فى نظام تبويب الأحكام. وقد أخذت بهذا النظام إيطاليا . حيث أنشــأت مركزاً لتبويب ملخص بكافة أحكام محكمة النقض يســمى **Ufficio D'el Massiario**. وقد أقيم فى فرنسا نظام مماثل بموجب المادة ١٠ من قانون ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٧.

- **فى مصر :**

يقوم المكتب الفنى لمحكمة النقض باســتخلاص المبادئ القانونية التى تقرها المحكمة فيما تصـدره من أحكام وتبويبها، ومراقبة نشرها بعد عرضـها على رئيس الدائرة التى أصدرتها (المادة الخامسة من قانون السلطة القضائية) .

- **نظام قوائم الطعون :**

Uhffcio del Ruolo

Office des listes des pourvois

وقد ألحقت إيطاليا بمحكمة النقض **peter Neu** أن نظام تبويب الأحكام وقوائم الطعون لا يجدى فى حالة رغبة الدائرة العدول عما ســبق أن قررته هى، أو قررته دائرة أخرى من مبادئ قانونية، أو أن تحســم خلاف نجم عن اجتهاد قضـــاتها ، لذلك كان الأمر يقتضـــى اتخاذ تدابير أخرى لتجنب هذا الاختلاف فى ذات المســـألة القانونية، فأخذت ألمانيا بنظام الدائرة الكبرى المجتمعة على غرار ما قضـت به المادة الرابعة من قانون السـلطة القضـائية المصـرية من الإحالة إلى كل من الهيئة العامة للمواد الجنائية ، والهيئة العامة

للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية كل فى مجاله والهيئتين العامتين مجتمعتين .

كلمة أخيرة فى هذا الصـــدد إن توحيد أحكام القضـــاء، وإن كان هدفاً مشتركاً تسعى كل محكمة نقض إلى تحقيقه فإنه يبدو فى النهاية مسألة نسبية يســـاهم فى تحقيقها، خلافاً لما ســـبق، الدور الذى تلعبه محكمة النقض فى الأنظمة المختلفة بالنســـبة لتفســـير القانون، ومدى ترك زمام المبادأة بالطعن للخصوم .

وهكذا يبدو الدور الأعظم لقضـــاة الهيئة العامة للمواد الجنائية والأخرى للمواد المدنية كل على حدة، وقضـــائهما مجتمعتين حســـماً لكل خلاف توحيداً لأحكام القضـــاء المصـــرى، وإنارة السـبيل لإحقاق الحق وإقامة العدل، ويأتى بعد ذلك الدور الخلاق الذى يقوم بـه المكتـب الفنى لمحكمـة النقض فى اســـتخلاص المبادئ القانونية التى تقرها المحكمة فيما تصـــدره من أحكام وتبويبها، ومراقبة نشـــرها بعد عرضـــها على رئيس الدائرة التى أصـــدرتها وتصـــنيفها وتبويبها ونشـــرها على الكافة لتسـهيل مهمة القاضـــى والباحث. لذا كان تغير مســـمى هذا المكتب فى فرنســـا من مكتب الفهرس المركزى الذى أنشـــئ فى١٩٤٧/٧/٢٣ إلى مكتب الوثائق والدراســـات، وما يقوم به بحق يجعله مكتب توجيه ومساعدة فى الأحكام[١] .

ونستطيع أن نتبين مما تقدم الصفتين اللتين تتصفان بهما محكمة النقض :

فمحكمة النقض باعتبارها جهة قضـائية: مقيدة بكل القيود العامة التى تقيد القضاة فى القيام بمهام وظيفتهم، ولا يحتاج الأمر فى هذا إلى نص خاص .

ومحكمـة النقض باعتبارها "محكمـة قانون" فحســـب: مقيدة بقواعد موضـــوعية وإجرائية معينة، منصـــوص عليها صـــراحة أو تفرضـــها طبيعة ولايتها، وهذه القواعد تصـــدر عن فكرتين أســـاســـيتين، أولاهما: أن الطعن المرفوع أمام محكمة النقض ليس امتداداً للخصـــومة التى طرحت على محكمة الموضـــوع، والثـانيـة: أن لا تتعـدى محكمـة النقض فى نظر الطعن حـدود الخصومة التى رسمتها أسباب الطعن وطلباته[٢].

---

[١] راجع مقدمة كتاب المســتحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية والجنائية لمحكمة النقض حتى آخر ســبتمبر ٢٠٠٢ والذى شاركنا فى إعداده – مطبوعات محكمة النقض .

[٢] – د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٤٣ ، ٥٣ .

والفقه والقضاء مستقران[1] على أنه لا يجوز لمحكمة النقض، فى نظر وجوه الطعن، أن تبحث مطلقاً "إلا فيما تعلقت به هذه الوجوه من المسائل القانونية. فلا تقبل الطعون المبنية على إدعاء الخطأ فى مسألة من مسائل الدعوى الواقعية كما لا تتعرض لبحث وقائع الدعوى، ولا تنظر إليها إلا من الناحية القانونية. فلا رقابة إذا لمحكمة النقض على ما تكون لقاضى الدعوى فيه السلطة التامة من نحو تحصيل فهم الواقع فيها من الأدلة المقدمة له تقديماً صحيحاً، ومن نحو الأخذ فى تفسير العقود والمستندات بما هو أوفى بمقصود المتعاقدين أو الملتزم منهما".

وقد يبدو هيناً إجراء محكمة النقض رقابتها القانونية فى حدودها الصحيحة، والواقع أن هذا لا يتحقق إلا فى حالتين من حالات الطعن؛ هما حالتا الطعن بسبب البطلان فى الحكم أو فى الإجراءات المؤثرة فيه، والطعن بسبب صدور حكمين متناقضين: ففى الحالة الأولى يقتصر دور المحكمة على التحقق من أن الإجراء المدعى بوقوع البطلان فيه مما نص عليه القانون ورتب عليه البطلان، ويقتصر دور المحكمة فى الحالة الثانية على الترجيح بين الحكمين المتعارضين على نحو لا يخرج عن تغليب أحد الحلين المطروحين[2].

أما الطعن بمخالفة القانون فهو الذى يثير عديد من الإشكاليات، وسبب ذلك أنه وجه الطعن الذى يغلب أن يطرح على بساط البحث بعض المسائل الموضوعية التى كان لمحكمة الموضوع تقدير خاص فيها ، فإلى أى حد تستطيع محكمة النقض أن تراقب هذه المسائل؟

إن تمييز العناصر الموضوعية من العناصر القانونية هو الذى يجعل مهمة محكمة النقض دقيقة وشاقة؛ إذ أين تستطيع أن ترسم الحد الفاصل بين ما يعد خطأ فى الوقائع ، فلا تراقب محكمة الموضوع فيه، وما يعد خطأ فى القانون فتمتد رقابتها إليه .

ولذلك فإن الحلول التى تصل إليها محكمة النقض، والضوابط التى تضعها فى هذا الشأن هى التى تبرز ملامحها الرئيسية، وتحدد على نحو واضح مدى اتصالها أو بالأحرى مدى رقابتها على محكمة الموضوع فى تقديرها الموضوعى.

[1] – نقض ٦ يناير سنة ١٩٤٨ ، **مجموعة الأحكام فى ٢٥ عاماً** الجزء الثانى رقم ٦٤٥ ص ١١٧٤ .

– د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٤٦٦ وما بعدها .

[2] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٤٣ : ٥٣ ، ٦١وما بعدها .

ورســـم الحدود الواضـــحة لرقابة محكمة النقض أمر فى غاية الأهمية للتعريف بحقوق المتقاضــين من جهة، ولاتصـــاله من جهة أخرى بولاية جهات القضـــاء المتعددة الدرجات، وما يســـتتبعه ذلك من وجوب التزام محكمة النقض حدودها، فلا تجور على سلطان قاضى الموضوع[1].

- **ضـــوابط التمييز بين رقابة القانون الخالصـــة، ورقابة القانون المتصـــلة بالوقائع :**

لقد اقتضـى الأمر من محكمة النقض الفرنسـية عشـرات السـنين حتى تنتهي إلى بعض الضـــوابط للتمييز بين رقـابتى الوقـائع والقـانون. وقـد فصـــل الفقهاء[2] الضـوابط التى اسـتخلصـتها محكمة النقض الفرنسـية فى هذا الشـأن بعد مائة وأربعين عاماً من حياتها، وأوضح كيف أنها ضوابط يصعب التوفيق بينها، وتؤدى فى النهاية إلى تمكين المحكمة العليا من أن تبسـط رقابتها بسـطاً واسـعاً على سـلامة الأحكام المطعون فيها من حيث اتصـالها بالوقائع، ويمكن تلخيص النتائج التى توصـل إليها الفقه فى هذا الصـدد لوثوق صـلتها بموضـوع دراستنا، على النحو التالى :

فمحكمة النقض، **من ناحية أولى**، تراقب تطبيق قاضـى الموضـوع للقانون على الوقائع التى يســتخلصـــها بســلطانه المطلق، وهذا يؤدى بها إلى مراجعة الكيوف **Qualifications**، والأوصـاف القانونية **Caracteres Legaux**، والنتائج القانونية التى يرتبها قضـاة الموضـوع على الوقائع والتصـرفات **Les Faits et Actes Constates Consequences Juridiques des par les Juges du Fond .**

ومحكمة النقض، **من ناحية ثانية**، قد بسـطت سـلطانها كذلك على المنطق القضـــائى لقاضـــى الموضـــوع، عندما فرضـــت الرقابة على تقرير الوقائع، والتصرفات ذاتها التى أثبتها قاضى الموضوع، وهذا أدى بها، استناداً إلى فكرة الأســـاس القـانونى للمنـازعـة **Legal Basic**، إلى أن تفرض عليـه الالتزام بتسبيب أحكامه حتى تتمكن من إجراء رقابتها[3].

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٥٤ وما بعدها .

[2] د / محمد زكى أبو عامر : **شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى** ، ص ٢٥٧ وما بعدها .

[3] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٦١ وما بعدها .

ومحكمـة النقض ، **من نـاحيـة ثـالثـة،** قـد خرجـت على مبـدأ التقـدير الموضـوعى المطلق لقاضـى الموضـوع فى قضـائها فى مجال القانون المدنى المسـتند إلى فكرة المسـخ **Denaturation** ، فطبقاً لقضـائها المسـتقر فى هذا الشـأن، أنه وإن كان من حق قضـاة الموضـوع أن يفسروا عقود الطرفين، فإنهم لا يملكون، إذا كانت هذه العقود واضحة ومحدودة، أن يشوهوا معناها **Sens** أو مداها **Portec**.

وفضـلاً عما تقدم فإن محكمة النقض الفرنسـية تطرح تماماً التمييز بين القانون والوقائع فى الأمور الضـرائبية، وفى منازعات التسـجيل والدمغة والجمارك والضـرائب غير المباشـرة، فحيث لا يوجد نص خاص مانع، ترى محكمة النقض أن من حقها مراقبة تقديرات قاضـى الموضـوع للوقائع، وتفسـير التصرفات المطروحة عليه.

ولا يتسع مجال هذا البحث لتفصيل الضوابط السابقة التى وضعتها محكمة النقض الفرنسـية، وسـايرتها فيها إلى حد كبير محكمة النقض المصـرية. وقد أوضـح ذلك المرحومان الأسـتاذان حامد فهمى، ود/ محمد حامد فهمى فى مؤلفهما القيم السـالف الإشـارة إليه، ويكفى أن يقال بصـفة عامة أنه لكى نحدد بصورة مجملة حالات الخطأ فى الواقع والخطأ فى القانون يجب أن نساير عمل القاضـى فى قضـائه فى الخصـومة لنرى فى كل مرحلة أين يقع الالتحام بين الوقائع والقانون.

- **فكرتى : من باب أولى " و" بالضرورة " فى قضاء محكمة النقض:**

وقـد تمكنـت بتوفيق من الله تعـالى من الوقوف على أكثر من مـائـة مبـدأ للمحكمة الموقرة مؤسسة على التوسع فى فهم النصوص باستخدام قاعدة "من باب أولى" أو ما تسـميه المحكمة الموقرة أحياناً "بالضـرورة". وقد أعاننى الحاسـب الآلى بمحكمتنا الموقرة من التوصـل إلى هذه المبادئ وقد بان لى أن محكمة النقض قد برعت فى اسـتخدام هذه الأفكار فى مجال تفسـير النصـوص الجنـائيـة تـارة، وتـارة أخرى فى مجـال المنطق القضـائى فى تكييف الوقـائع وتسبيب الأحكام[١].

---

[١] راجع عرضنا للفكرة فى الباب الثالث بالنسبة لاستعمالها فى التفسير .

إن الاســـتنتاج من باب أولى ، أو قياس الأولى، هو أن تكون هناك حالة منصـوص عليها، وعلة الحكم أكثر توافراً فى حالة أخرى غير منصـوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى[1] .

- **مراقبة محكمة النقض لاســتخدام قضـاء الموضــوع لقاعدة "من باب أولى" فى نطاق رقابتها على المنطق القضـائى فى تسـبيب الأحكام الجنائية:**

ويتجلى تداخل العناصـر القانونية المتعلقة بالتفسـير مع العناصـر الواقعية المتعلقة بالتكييف ورقابة محكمة النقض لقضـاء الموضـوع فيهما معاً فى الأمثلة التالية:

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قال فى صـدد التدليل على توفر ركن علم المتهم بالغش ... (وإن علم المتهم بالغش واضـح من ارتفاع نسبة السوس فى الفول وهو من الظواهر التى لا تخفى على العين المجردة، **ومن باب أولى** يكون على المتهم بها مؤكداً وهو تاجر يتعامل فى المواد الغذائية) ... متى كان ذلك فإن ما أورده الحكم المطعون فيه تدليلاً على توفر ركن العلم، لا يتوافر فيه الدليل على أن الطاعن ... ولا أنه إذ ورد الفول كان يعلم بفساده ، مما يجعل الحكم قاصر البيان واجب النقض"[2].

٢- لما كان الحكم المطعون فيه بعد أن بين واقعة الدعوى ... عرض لطلب دفاع الطاعن بقوله (المقرر أن للمحكمة أن تقول على أقوال الشاهد فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ولو خالفت قولاً آخر له فيها، **فمن باب أولى** لو جاء هذا القول على فرض حدوثه، خارج نطاق الدعوى وأوراقها ضـمن أحاديث خاصة تليفزيونية أو غيرها) لما كان ذلك وكان طلب الطاعن على ما سـلف يعد طلباً جوهرياً .. وكان ما وردت به من عدم جدوى طلب الطاعن . استعراض المحكمة لهذا الدليل بفرض صحة ما يحتويه لا يصلح أساساً للرفض. فإن الحكم يكون معيباً .. بما يوجب نقضه والإعادة بالنسبة لهذا الطاعن والطاعن الأول أيضـاً لاتصـال ذات العيب به ولحسـن سـير العدالة"[3].

---

[1] انظر فى تفصيل فكرة القياس من باب أولى عند علماء أصول الفقه : الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص ٦٠ .

[2] الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٤٤/١/٢٧ س ٤ ص ٤٣٥ .

[3] الطعن رقم ١٧٦٤٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/٩/٢١ س ٤٦ ص ٩٥٤ ..

٣- "عن عدم الإقامة بالعين المؤجرة لا يعنى **بالضـــرورة** انتفاء اســـتئجارها رغم كونه دفاع جوهرى ... "[١].

٤- " التناقض الذى يغيب الحكم هو الذى يقع بين أسبابه بحيث ينفى بعضها ما يثبته البعض ... فإنه لا يلزم **بالضرورة** تخلف آثار منه بالجيب"[٢].

٥- " العلانية فى جريمتى القذف والسب .... لم يكن يجهل تداول المذكرة بين الموظفين المختصـــين بالمحكمة كنتيجة حتمية للإيداع الذى يســـتدعى بالضرورة اطلاعهم عليها . وبهذا تتوافر العلانية "[٣].

٦- " عن كسر زجاج السيارة من الجهة اليمنى لا يعنى بالضـرورة أنه نتيجة اندفاع المجنى عليه نحوها وارتطامه به، إذ قد يصـــح فى العقل أن يكون نتيجة اصطدام السيارة به ..."[٤].

[١] الطعن رقم ٨٦٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١١ س ٤٣ ص ١١٣٨ .

[٢] الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٤ س ٢٣ ص ٧٠٤ .

[٣] الطعن رقم ٥٠٦ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢٣ **مجموعة عمر** ج ٥ ص ٦٢٩ .

[٤] الطعن رقم ٩١٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/١ س ٢٠ ص ١٣٣٩ .

المطلب الثانى
محكمة النقض ونظرية الطعن أمامها

لاشك أن فكرة الخطأ فى القانون ترتبط بدور محكمة النقض ارتباطاً وثيقاً، ولقد جرى منطق من تصدى لهذا الدور من الفقهاء على أن المهمة المطلوب من محكمة النقض إنجازها هى التى تمارس تأثيرها فى تحديد فكرة الخطأ فى القانون بالتوسيع أو التضييق لتتناسب معها فى النهاية[1].

وهو منطق وإن كان صحيحاً فى ذاته إلا أنه انطلق متردداً فى تحديد هذه المهمة أو هذا الدور نفسه، وبالتالى كان لزاماً علينا أن نضبط ماهية هذا الدور حتى تتحدد على أساسه فكرة الخطأ فى القانون "كوسيلة"على المحكمة العليا أن تطوله، دون أن تتجاوزه .

أولاً : آراء الفقهاء حول مهمة المحكمة العليا[2]:

فقد قيل ، فى مفهوم أول أن مهمة محكمة النقض لا تختلف فى طبيعتها عن المهمة التى تسير عليها سائر محاكم الدولة، وليس الطعن أمامها سوى "وسيلة أخيرة" لكى يحصل المناقضون على حكم مطابق لقانون فى الإدعاء المطعون فى الحكم الصادر فيه .

والواقع أن هذا المفهوم فى انحصاره فى نظرته فى حدود الإدعاء، وانحصار هدفه فى تحقيق مصلحة الخصوم، قد انتزع عن محكمة النقض كل سمة خاصة تميزها عن المحاكم الأخرى على نحو يتعارض مع تنظيم محكمة النقض ذاتها باعتبارها "محكمة وحيدة"، كضرورة فرضتها طبيعة النشاط المكلفة به، ولو قد كانت غايتها مصلحة الخصوم لتعددت، وامتد سلطانها إلى الحكم الواقعى حتى تتمكن من تحقيق رسالتها شأن سائر المحاكم الأخرى، وهو ما لم يقل به أحد.

---

[1] د / محمد زكى أبو عامر : **شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص ١٧٨ .

انظر peter neu, op, cit,p.B ، ويقرر أنه فى ظل دستور ٢٤ إبريل سنة ١٨١٤ فى ألمانيا كان دور محكمة النقض هو " إصلاح الخطأ من القضاء فى المواد الجنائية ، ثم تطور ليصبح تحقيق العدل فى الحكم أكثر منه مراقبة للقانون .

[2] د / محمد ذكى أبو عامر : **شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص ١٨٠وما بعدها .

rtigaux, op. Cit.,p. ١.

وحقيقة الأمر أن هذا المفهوم يتجه أنصـــاره إلى إعطاء محكمة النقض إمكانية تحقيق العدل فى الواقعة المطعون فى الحكم الصـــادر فيها. وهى فكرة يراها البعض مرفوضة جملة وتفصيلاً، إذ أنها تخرج تماماً عن المهمة الحقيقية لمحكمـة النقض. والمعنى الـذى ينطوى عليـه هـذا الرأى لا يخلو من غلو إذ يتناسـى أحد المفاهيم الأسـاسـية المتفق عيها فى بنيان الدولة القانونية ألا وهو " وحدة القضاء"[١].

وعلى الرغم من أن أحداً لم يعد يعتنق هذا المفهوم كمفهوم وحيد لتحديد دور محكمة النقض، إلا أن البعض قد اعتنقه مكمل للمفهوم الأصلى، وهو وحدة القضاء[٢].

ومن نـاحيـة أخرى قيل فى مفهوم ثـان أن مهمـة محكمـة النقض هى حمل القضــاء الأدنى على احترام القانون ، فهى أداة السـلطة القضــائية أو التشـريعية للوصول إلى هذا الهدف .

وقد رأينا أن هذا المفهوم قد تشهد بتحققه سوابق التاريخ. ومن ناحية أخرى يعتبر هذا الرأى صـدى للخلاف الذى ثار عند إنشـاء محكمة النقض الفرنسـية، بين من نادوا بأن تكون محكمة النقض أداة للســلطة التشــريعية حتى تتمكن من تحقيق وحدة التفسير، وبين المنادين بأن تكون جزءاً من السلطة القضائية. ومن ثم مستقلة عن السلطة التشريعية[٣].

والواقع أن هذا الرأى يعبر عن وسـيلة رئيسـية تسـتخدمها محكمة النقض لتحقيق وحدة القانون، ولا يمكن أن يكون فى ذاته هدف محكمة النقض. ولم يعد لهذا الرأى على أى حال أكثر من قيمته التاريخية .

أما **المفهوم الثالث** الذى قيل به فى تحديد مهمة محكمة النقض، وهو حديث نسبياً، فمفهوم مكمل للمفهوم الأساسى للمحكمة الذى هو وحدة القضاء، ألا وهو تمتع المحكمة " بالوظيفة التأديبية" على أحكام قضــاة الموضــوع، فلها أن ترفع كل خطأ أو ظلم يقع منهم، ما دام اختصـــاص النقض قد انعقد قانوناً[٤]. وهذا

---

[١] Peter Neu, op , cit, p. ٨

- Jean Craven, L uence de droit Francais sur l organisation et juridiction de la Cur
- De cass atian Genvaise dans la chambere crlminelle et sa jurisprud ernce, ١+٦٥ , p. ٦٥٩

[٢] Jacoue Bernard, Article, opcit.

[٣] Peter new ,op.cit p.٩ .

[٤]marc ancel, articale, op,cit, p. ٢٨٦

المفهوم يعتبره بعض الفقهاء وصفاً وتبريراً لتوسع محكمة النقض فى تصورها لفكرة الخطأ فى القانون .

ونحن نؤيد مع جانب من الفقه، بكون هذا المفهوم لدور محكمة النقض أقرب إلى وصف ما يمكن رصده و استقراؤه من أحكامها فى إطار سعيها الدؤوب لتغيى العدل بالمفهوم العام السابق دراسته .

إلا أننا لا نوافق على كونه تبريراً لوجهة نظر المحكمة العليا فى تحديدها لمدلول الخطأ فى القانون، ذلك بأن المحكمة العليا كفيلة بسوق الحجج المؤدية إلى ترجيح ما تراه راجحاً من معان ومدلولات للأفكار القانونية المختلفة . وعلى ذلك ينطوى هذا النقد الفقهى لهذا المفهوم فى تحديد دور محكمة النقض على نقد ضمنى لمسلك محكمة النقض فى تحديدها لفكرة الخطأ فى القانون.

ونحن نرى أن هذا القول ينطوى على خلط مبدئى ، إذ ليس الحديث حول المفاهيم التى قيلت فى دور محكمة النقض بالموضع المناسب لبحث مدلولات فكرة الخطأ فى القانون ، واختيار محكمة النقض لإحداها .

أما **المفهوم الرابع** وهو ما عليه جمهور الفقه الحديث ، سواء من يسوقه بوصفه المفهوم الوحيد لمهمة محكمة النقض[1]، أو بوصفه المفهوم الأساسى حيث يضيف إليه البعض المفهوم الأول، ويضاف إليه لدى البعض الآخر المفهوم الأخير.

وقوام هذا المفهوم أن **مهمة محكمة النقض مهمة قانونية** هى تدعيم الحقيقة القانونية برقابة الشرعية بالمعنى الضيق ألا وهى التطبيق السليم للقانون لتحقيق وحدة القضاء. ومن ثم وحدة القانون نفسه. فالهدف من محكمة النقض تحقيق، مصلحة عامة تعلو على الحكم المطعون فيه، وعلى مصلحة الخصوم، هى وحدة القضاء فى الدولة ، وفى وحدتها ومنوال الطعن أمامها ما يكسبها أهلية تعميم الحلول .

ويرى أن السمة الخاصة للمحكمة هى " الوحدة " ، وانظر عرضنا فيه لتاريخ محكمة النقض الإيطالية ، حيث كانت تضم خمسة محاكم للنقض حتى أصبحت محكمة وحيدة فى ٢٤ مارس ١٩٢٣ ومقرها روما .

[1] bardit,op,cit,p١٠١ et s .

- marty, op.cit.p.٢٧٧ et s- p٣٦٧ et s.
- marttelin op.cit.p ٢١٠
- maurice chavance :de la ca ssation en matiere penale, these caen ١٨٩٨ p.٩٥- vitu, traite, op.cit, p١١٨٩ et nate ٣- bouzat traita op,cit,p١٤٢٨

وإذا كان صـحيحاً أن فكرة القضـاء الممتاز كانت سـابقة فى الظهور على فكرة وحدة القضـاء، وأن الرابطة المنطقية بين هذا القضـاء، وتلك الفكرة كانت حديثة الظهور من نسـبياً[1]، فإن هذا لا ينفى أن الدور القديم الذى لعبه القضـاء الممتاز فى فرنسـا- احترام القانون من القاضـى الأدنى، قد اندثر تماماً، وأن التنظيم الحالى لمحكمة النقض وانحصـار الطعن أمامها بالخطأ فى القانون قد ارتبط بهدف التوحيد القضـائى، كتكملة ضـرورية للوحدة التشـريعية التى جادت بها الثورة الفرنسـية، بحيث بات معها من الضـرورى وجود محكمة للنقض مهمتها الإشـراف على التطبيق الموحد لتلك التشـريعات، حتى لا تتعدد الحلول فى الفروض المتشـابهة ، نتيجة الاختلاف فى تطبيق القانون أو فى تفسـيره، فتنتهى الوحدة التشـريعية إلى لا شـئ، وهو هدف متفق عليه، ولا يوجد خلاف فى الفقه المعاصـر على ارتباطه الوثيق بدور محكمة النقض حتى من جانب الذين اعتنقوا مفهوماً مكملاً معه.

ولاشك أن وحدة القضاء كهدف كانت السبب وراء انفصال الحكم القانونى عن الحكم الواقعى، وإسـناد الخطأ فى الحكم القانونى وحده إلى محكمة النقض. فالرابطة المنطقية بين الهدف والوسـيلة هى التى دفعت إلى تخليص محكمة النقض من كل ما يمكن أن يعوقها عن تحقيق الهدف، فاسـتبعد الجانب الواقعى من الحكم باعتبار أن مسـائل الواقع تلتحم بطبيعتها بالحالة الخاصـة على نحو لا يقبل التكرار على عكس مسـائل القانون وأخطائه، فهى المقابلة لأن تتكرر، وتلعب بالتالى دورها فى وحدة القضاء فالقانون[2].

ومن الجدير بالذكر أن وحدة القضاء تعتبر من الأهداف الأساسية حتى فى البلاد التى لا تعرف نظـام محكمـة النقض وهى الأنظمـة الأنجلو أمريكيـة، فالتنظيم القانونى لهذه البلاد فى اعتماده لا على التشـريع بالمعنى الواسـع، وإنما على نظام بحيث لا يبقى عند تحديد الحكم القانونى سـوى غرض وحيد لمحكمة النقض هو وحدة القانون. تلك هى المفاهيم التى قيلت فى تحديد دور محكمة النقض[3].

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١٨٣.

- gabriel marty: etude de droit compare sur l unification de la jurisprudence par la caurde cassation paris, ١٩٣٨, p.٧٢٨.

[2] د / محمد ذكى أبو عامر : **شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص ١٨٤.

- BEterneu, op. Cit. P.٤٣ et ٤٤

[3] labrguier,op.cit.p١٢٠

- levasseur,op.cit.p,et ١٩٧١,p.٢٨٧

- garraud,traite,op,cit.p.٢٧٥

- **رأينا فى الموضوع :**

لاشك عندنا فى سلامة المفهوم الأخير وانفراده بتحقيق دور محكمة النقض المنشـــود، فمهمة محكمة النقض هى تحقيق وحدة القضـــاء فى الدولة، ومن ثم وحدة القانون نفسه، وتلك هى المصلحة العامة الأكيدة والمتفق عليها التى يتعين على المحكمة العليا تغييها دون أن يكون لها أن تعتد عند التعارض بمصـــلحة سواها .

وليس صـــحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن محكمة النقض عليها ألا تعتد بغير المصـلحة العامة سـالفة الذكر سـواء بإضـافة فكرة تحقيق العدل فى الحالة المجســمة، أو فكرة رفع كل خطأ أو ظلم يرتكبه قضـــاة الموضـــوع. ويدلل هذا الرأى على مقولته بأن إضــافة أياً من هذين المفهومين سـيؤدى إلى نتيجة واحدة هى الاعتداد بمصـلحة الخصـوم، سـواء تحت سـتار أن مهمة محكمة النقض لا تختلف عن مهام سائر المحاكم، أو تحت ستار ما سمى بالوظيفة التأديبية لقضاة النقض على أحكام القضاء الأدنى .

وفوق ذلـك فـإن المفـاهيم التكميليـة التى ظهرت حـديثـا فى الفقـه هى فى حقيقتها تبرير، أو إن شـئت قل وصـف لنشـاط المحكمة الذى توسـع، تحت حجة رقابة التسـبيب، إلى الحد الذى لم يعد يكفى لفهمه هدف وحدة القضـاء وحده. أما إذا كان اتخاذ هذا النشــاط لا يتعلق بوحدة القضــاء، وهذا ما لا يكون إلا إذا كان الحكم سديداً فى تطبيقه للقانون، فإن أى مفهوم تكميلى يكون مرفوضاً لن تحليل الموقف هنا يتمخض عن فرضـــين، أما أن مضـــمون القانون نفســـه، وقد طبق تطبيقاً صـــحيحاً، لم يحث العدل، فيصـــبح النزاع هنا فى عدالة القانون أو صـلاحيته، وهى منطقة محظور على السلطة القضـائية أن تقع فيها، إذ علينا أن نطبق القانون أياً كان، وليس لمحكمة النقض هنا سـوى أن ترفض الطعن وتؤيد الحكم، وإن جاز لها أن تلتفت لرئيس الدولة ملتمســة العفو للطاعن، وللســلطة التشـريعية المطالبة بتعديل تشـريعى، ولو قد فعلت غير ذلك لخرجت عن حدود اختصاصها ، فتكون قد نقضت القانون لا الحكم.

أما الفرض الثانى فيتحقق حيث يكون الحكم، برغم قضـــائه الصـــحيح فى القانون قد قضـى ضـد المنطق أو الصـواب أو ما يسـمى بالقضـاء السـيئ. هذا القضاء السيئ يقع بطبيعة الحال عند انتفاء الخطأ فى القانون فى الجانب الواقعى

- cravin op,cit,p.٦٢٥
- rigaux , op.cit.p.٣٠٩ et ٤٦٢

من الحكم، وهى منطقة لا يجوز لمحكمة النقض الاقتراب منها دون تجاوز لاختصاصها المقيد فى القانون بطريقة مانعة، بمسائل القانون[1].

غير أننا نلاحظ على هذا الرأى خلطه بين حالة تعارض المصالح المذكورة مع المصلحة الأولى بالتحقيق، وهى وحدة القضاء، وبين حالة استيفاء المحكمة لهذه المهمة، وقدرتها فى ذات الآن على تحقيق العدالة وتصويب أخطاء الأحكام. بل إن الواقع المستقرأ من أحكام المحكمة العليا ينبئ عن تمكنها الرشيد من تحقيق المصالح المذكورة مجتمعة فى الغالب الأعم من الطعون التى تعرض عليها.

ويضاف إلى ما سبق أن تحقيق المحكمة العليا للهدف الأسمى ألا وهو وحدة القضاء، ومن ثم القانون المطبق فى ربوع الدولة، يتوافق غالباً، ولا أقول حتماً، مع مقتضيات العدالة وتصويب الأحكام باعتبار أن هدف المشرع من أى قانون هو تحقيق العدالة، كما يراها ويفهمها المجتمع الذى يمثله، وما القضاء إلا رافد أصيل ومرآة صادقة لمجتمعه .

فالقول بوجود التعارض بصفة مبدئية وأساسية بين هدف وحدة القضاء وبين هدف إرساء العدل وتصحيح الأحكام، مثل هذا القول هو من قبيل الافتراضات النظرية البعيدة عن الواقع العملى المشهود، فضلاً عما سبق إيضاحه من مجافاة هذا القول من وجهة نظرنا للمنطق.

ومن ناحية أخرى، إذا كان من المسلم به لدى أصحاب المعايير التكميلية، أن الدور الأساسى لمحكمة النقض هو "وحدة القضاء"، فإن كل نشاط تمارسه محكمة النقض بناء على أى من المعيارين التكميليين هو إما حاصل بالتوافق مع الهدف الأصلى وتبعاً له، وإما مرفوض لتعارضه مع الهدف الأصلى وأعنى به وحدة القضاء. وأما الحصول التبعى لأهداف أخرى، فمتصور إذا كان فى مراعاته ما يحقق وحدة القضاء، وهذا ما لا يكون إلا إذا كان الحكم معيباً بخطأ فى القانون ، وفى هذه الحالة فإن تصدى محكمة النقض لهذا الخطأ يجرى وفقاً للمفهوم الأصلى لا التكميلى.

ونضيف إلى ما سبق أن أى قضاء لابد وأن تكون غايته العدل. والإغراق فى المنطق وسوق الحجج الفلسفية التى تبعد بالقضاء عن هذا الهدف الأسمى لوظيفة القضاء أياً كانت المحكمة التى تمارسه أمر يخرج عن إرادة المشرع والمجتمع الذى يمثله. ولذلك فإن مهمة محكمة النقض، عندنا، هى إقامة الجزء المنوط بها من منظومة العدالة القضائية المتكاملة، ذلك الجزء المتمثل

---

[1] المرجع السابق مباشرة ، ص ١٨٥ .

فى توحيد القضـــاء على معنى واحد لنصـــوص القانون الذى يتحاكم إليه كل أفراد المجتمع. ولا يتصـــور أن يبعد الهدف الفرعى، وهو توحيد القضــــاء بالمحكمة العليا عن الهدف الأصلى الجامع وهو إقامة العدل بين الناس.

ثانياً : نشاط قاضى الموضوع كما تراه محكمة النقض:

وعلى أساس ما تقدم يمكن أن نتعرض بالتحليل لنشاط قاضى الموضوع. فإذا بدأنا بالمقدمة الصغرى للاستنباط المنطقى لوجدانها منقسمة إلى شقين متميزين: الأول: هو إثبات وقائع الإدعاء، والثانى: هو تكييف هذه الوقائع .

فأما الشـــق الأول، وهو إثبات الوقائع، فإنه يعنى مواجهة الوقائع من ناحيتين: إثباتها فى ماديتها المجســـمة وهو إثبات يمثل إثبات الركن المادى للجريمة وإثباتها فى معنويتها أى فى قصـــد فاعلها وهو إثبات الركن المعنوى للجريمة .

وابتداءً نؤكد مع الفقه أن نشاط قاضى الموضوع فى هذا الصدد ليس تطبيقاً آلياً للقانون على وقائع واضحة ومؤكدة الوجود بل أن هذا النشاط ينطوى على العكس على قدر كبير من التقدير، فهو فى حقيقته حكم يؤكد بمقتضـــاه قاضـــى الموضوع وجود الوقائع بوجهيها المادى والمعنوى.

هذا التأكيد يتحلل فى الواقع إلى "طريقة"، و"مضـــمون". فأما الطريقة فهى المنهج الذى اتبعه للوصـــول إلى الحكم بالوجود أو عدم الوجود، وأما المضـــمون فهو القرار الذى اســـتقر عليه اقتناعه، والذى لا يكون إلا تأكيد إما للوجود وإما لعدم الوجود[1].

فمن حيث "الطريقة"، ليس القاضـــى الجنائى حراً على الدوام فى اختيار منهج البحث القضـــائى عن الحقيقة، إذ يلتزم فى تحريه عنها بعدد من "القيود القضائية" وعليه واجب احترامها، فـــليس له أن يســـتقل بمعرفته للوقائع إلا بمقتضى الطرق الاستنباطية المصرح له باستخدامها فى القانون، وعلى الأخص ما يفرضه مبدأ شفهية المرافعات، ومباشرة الإجراءات فى حضور الخصوم، ونظرية الإثبات الجنائى من قيود .

والمبدأ فيما يتعلق "بالطريقة" التى يختارها القاضى الجنائى فى البحث عن الحقيقة أنها عن مسائل الحكم الواقعى، والتى يعتبر الخطأ فيها خطا فى الواقع لا

---

[1] المرجع السابق مباشرة ، ص ٢١٨ .

فى القانون ما لم تتعارض هذه الطريقة مع قاعدة قانونية، أى مع قيد قضائى مفروض على القاضى .

ومن حيث المضـمون الذى انتهى إليه القاضـى، بفرض سـلامة المنهج، بوجود الواقعة فى وجهيها المادى والمعنوى، أو بعدم وجودها فيدخل ولاشـك فى نطاق الحكم الواقعى لا القانونى، لأن الخطأ الواقع هنا إنما وقع فى دائرة اقتناع القاضـى وهى دائرة يسـتأثر فيها قاضـى الموضـوع بسـلطان نهائى، ولتحكم، أى الخطأ، بالادعاء المعروض ويختفى مع اختفائه.

هذا هو الشـق الأول من المقدمة الصـغرى، وهو ما يشـكل الحكم الواقعى. وقد رأينا أن هذا الحكم يمكن أن يصـاب "بالخطأ فى القانون" إذا كان قاضـى الموضوع قد خالف المنهج الذى رسمه القانون للقضـاء فى الحكم الواقعى، وأن هـذا الخطـأ يؤثر فى طريقـة " تكوين الحكم"، ويتجـاوز فى أهميتـه الإدعـاء الحادث فيه إلى الادعاءات الشبيهة .

ويبقى الشـق الثانى من المقدمة الصـغرى، وهو تكييف الحكم الواقعى، أى إعطاؤه "اسـماً قانونياً"، ويتميز هذا الاسـم فى القانون الجنائى باشـتماله على نتيجة قانونية هى تطبيق العقوبة ".

وتكييف الحكم الواقعى يعنى بيان العلاقة القانونية بينه وبين قواعد القانون الجنائى، فإذا كانت الواقعة تشكل تملكاً لمال الغير بغير سند، فإن تكييفهما يعنى إظهار العلاقة التى تجمع هذه الواقعة بقواعد القانون: أهى "سـرقة"، أم " نصـب"، أم "خيانة أمانة"، أم "غش مدنى" ..... إلخ، ولا ينكر أحد أن مسـألة التكييف فى القانون الجنائى تحتل مكانة عظمى، لأن لو كان ما بفضـل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لا عقاب عليه ما لم يشكل جريمة منصوصـاً عليها فى القانون، وبفضـل هذا المبدأ ذاته، فإن التكييفات المتعلقة بالجرائم فى القانون الجنائى محددة على سـبيل الحصـر، ومن هنا، فإن القوالب الإجرامية لمختلف الجرائم محددة سلفاً على نحو تصبح فيـه عمليـة التكييف فى القـانون الجنائى هى عملية "اختيـار" للقـالب الذى يدخل فيه[1].

ويرى بعض الفقه أن نشاط قاض الموضوع يتكون من عدد من التقديرات. بعض هذه التقديرات يكون نهائياً أى داخلاً فى نطاق الحكم الواقعى، بينما يدخل البعض الآخر فى نطاق الحكم القانونى، ويخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض .

والعبرة لديهم فى التفرقة بين هذه التقديرات، وتلك هى بمعيار اللزوم من وجهة نظر رقابة محكمة النقض بمعنى أخر يتضـمن الحكم القانونى كل تقدير

---

[1] المرجع السابق مباشرة ، ص ٢٥٦ .

لقاضـــى الموضـــوع يلزم حتماً على محكمة النقض مراقبته تحقيقاً للغاية لقاض الموضـــوع قابل لأن يجوز أهمية تتجاوز نطاق الإدعاء المعروض، والذى كان مناســـبة لوجوده. وهذا ما يكون، بوجه عام، فى كل مرة يكون هذا التقدير قابلاً لأن يؤدى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى تجسيد للقاعدة القانونية قابل لأن يستمر، فى جوهرة، استمرار القاعدة القانونية ذاتها سواء بذاته أم بتأثير التتابع الذى يلحقه من الأحكام الشبيهة[١].

يتشكل الحكم القانونى إذن من كل تقدير لقاض الموضوع تقبل عناصره أن تتأيد بســـبب ارتباطها الضـــيق بالقانون وعموميتها فى التطبيق العملى، أما تقديرات قاضى الموضوع التى تلتصق بالادعاء المعروض وتكون بالتالى قابلة للســقوط والنســيان معه، فلأنهما لا تتعلقان بالوظيفة التوحيدية لمحكمة النقض، ولأن الأخيرة ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى، فإنها تشكل الحكم الواقعى ولا رقابة لمحكمة النقض عليها. ومعترف لديهم بأن معيارهم، لمرونته البالغة، ليس معياراً بالمعنى الدقيق، وإنما هو "مبدأ توجيهى" تقيم على هدى منه تقديرات قاضى الموضوع كل حالة على حدة .

ومحكمة النقض ذاتها، لدى هذا الاتجاه، هى الفيصـــل الأول والأخير فى تطبيق هذا المبدأ التوجيهى تمد أو تحد من نطاق هذا الحكم أو ذاك، كلما عن لها أن تغير قضـائها، وفقاً لسياستها القضـائية. وهذا ما سارت عليه محكمة النقض فى فرنسا ونظيرتها فى ألمانيا ، وإن لم تصرح، على حد قول بعضهم[٢] .

وجدير بالذكر أن ثمة اتجاه فى ألمانيا، لم يزل يؤمن بصـــلاحية الطريقة المنطقية، ولا يوافق على دعوى اليأس أو العجز فى تحقيق التفرقة بين الحكم القانونى والواقعى على أساسها، ولكنه يستعين بوسيلة "الإنقاص الغائى" ليخرج من نطاق الحكم القانونى، التحدد على نهج الطريقة المنطقية، كل مسائل القانون التى لا يكون لفحصها من قضاء النقض فائدة لوحدة القانون.

---

١ - rigaux , op.cit.p٣٦١

- craven, op.cit.p٦٢٥

٢ د / محمد زكى أبو عامر : **شائبة الخطا فى الحكم الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص ٢١٧ .

- peter neu, op,cit.p.٢٨ ١a ٢٨٥.
- marty , op. Cit.p ٢١٥ et s – p.٣٦٣ et s.
- hascheid, op.cit,p.٨٩.

وجدير بالذكر أن winkelيعتبر التفرقة بين الحكمين (الواقعى والقانونى)

- une question de puissance dans la vie de drait (p.١٤٦).
- bardot, op.cit ,p.١٣٢.

ثالثا : المبادئ العامة التى أرستها محكمة النقض لضبط الصلة بينها وبين محاكم الموضوع :

١- التزام محكمة الإحالة بالمسألة القانونية التى فصل فيها الحكم الناقض:

وفى ذلك قضت المحكمة الموقرة بأن "نقض الحكم والإحالة بالمسألة القانونية التى فصل فيها الحكم الناقض. م ٢/٢٦٩مرافعات. المقصود بالمسألة القانونية. ما طرح على محكمة النقض وأدلت برأيها فيه عن قصد وبصر فاكتسب حكمها الحجية فى حدود هذه المسألة. فيه عن قصد وبصر فاكتسب حكمها الحجية فى حدود هذه المسألة. مؤداه، امتناع محكمة الإحالة عند نظر الدعوى عن المساس بهذه المسألة، مؤداه، امتناع محكمة الإحالة عند إعادة نظر الدعوى عن المساس بهذه الحجية، لها بناء حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى "[1].

وفى ذات الإطار سار قضاء المحكمة العليا على أن "نقض الحكم والإحالة، أثره، التزام محكمة الإحالة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها ، علة ذلك اكتسابه حجية الشىء المحكوم فيه"[2].

٢- الطعن فى أحكام محكمة النقض أمر محظور :

ونحن نرى أن هذا المبدأ يكمل المبدأ السابق من حيث كونه يعلى شأن قضاء النقض ويحصنه. وفى ذلك قضت المحكمة العليا بأن "أحكام محكمة النقض، عدم جواز تعييبها بأى وجه من الوجوه، ووجوب احترامها فيما خلصت إليه أخطأت أم أصابت "[3].

---

[1] الطعن رقم ٨٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٧/١/١٥

[2] الطعن رقم ٣٧١٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠

[3] الطعن رقم ٨٥٦٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٧/٨

المطلب الثالث

رأينا حول ضبط حدود رقابة المحكمة العليا على محاكم الموضوع[1]

يرى جانب من الفقه، بحق، أن العملية القضائية تمر بمرحلتين أساسيتين . **المرحلة الأولى:** هى مرحلة فهم النزاع، واستخلاص نتائج الإدعاء من الوقائع التى قدر قاضى الموضوع صحتها. **والمرحلة الثانية:** هى مرحلة تطبيق القاضى لحكم القانون على ما يكون قد استخلصه من نتائج[2].

ونحن نرى أنه يمكن أن نتخذ من هذا التقسيم لمراحل الحكم الموضوعى أساساً **لبيان حدود رقابة محكمة النقض** فى كل مرحلة على النحو التالى:

- **المرحلة الأولى : حدود رقابة محكمة النقض على فهم قاضى الموضوع للنزاع (تحصيل القاضى للواقعة):**

الأصل أن لقاضى الموضوع السلطان التام فى استخلاص النتائج من الوقائع التى يقرر هو صحتها. ولو أخذ بهذا الأصل على إطلاقه لامتنعت رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى فهمها للنزاع واستخلاصها نتائجه. غير أن المشرع يتدخل أحياناً، فيضع قواعد شكلية للإثبات، وبالتالى لطريقة اقتناع القاضى .

ويترتب على ما تقدم أن تصبح حرية القاضى فى تقدير الأدلة المقدمة، وفى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها، مقيدة باتباعه القانون فيما جاء من قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة فى القانون المدنى وقانون المرافعات أو قانون الإجراءات الجنائية، وينبغى له أن يتقيد بها، وأن يأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً، فإن خالفها أو أخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها فسد رأيه فى فهم الواقع فى الدعوى. ومتى فسد رأيه فى هذا الفهم فسد رأيه فى تكييفه، وسرى الفساد إلى حكمه فى الدعوى بالضرورة. ويسرى ذلك أيضاً على الوقائع الإجرائية التى يستخلصها القاضى من أوراق الإجراءات.

---

[1] انظر الجزء الخاص بالمنطق القضائى فى مطلع هذا الباب ، وراجع أيضا حديثنا من قبل عن مهمة محكمة النقض لكون الموضوع الذى نعرض له فى المتن وثيق الصلة بهما .

[2] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٥٨٤ ، وما بعدها .

ومن الواضح أن خطأ القاضى فى هذه الحالة، وهو يتنكب طريقاً رسمه القانون، لا يعتبر خطأ فى الموضوع، بل هو خطأ فى القانون. وعليه فإذا راقبته محكمة النقض فإنها لا تكون قد أخلت بسلطان قاضى الموضوع المطلق فى فهم النزاع.

وإنما يتحقق الإخلال بسلطان قاضى الموضوع فعلاً **برقابة التفسير**. وهى نوع من الرقابة ابتدعته محكمة النقض الفرنسية فى سياستها المتوسعة، والتى قصدت منها الرقابة على جوانب من التقديرات الموضوعية التى تراها صارخة الخطأ. وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذه الرقابة كمبدأ عام، وقد عبرت عنها تعبيراً واضحاً فى أحد أحكامها القديمة، وقد بدأت بذكر الأصل وأعقبته بالاستثناء فقالت: "القاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً، وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها، وفى استخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة، هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهمياً لاوجود له، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته، أو غير مناقض له ولكنه يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى، لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع "[1].

وواضح أن محكمة النقض فى تقديرها استحالة استخلاص الواقعة عقلاً أو تناقض الحكم مع ما أثبته لا تجرى حكم القانون، فلا يظهر فى أفق هذا البحث نص قانونى، بل هى تجرى حكم المنطق أولاً. وهى فى الحالات الأخرى تراقب قاضى الموضوع فى التحقق من الوقائع التى أثبت هو وجودها[2].

ويرى جانب من الفقه أن هذه الرقابة، أياً كان مبررها العملى فهى ملابسة للوقائع إلى حد الاندماج، ويصعب لذلك القول إنها رقابة قانونية بحتة[3].

وهذه الرقابة التى تعد مزاجاً بين الموضوع والقانون، والتى تسلطها محكمة النقض على قاضى الموضوع فى استخلاص الوقائع والنتائج، تجريها عليه فى المجالين الجنائى والمدنى على حد سواء. ففى إطار القانون المدنى تتجلى هذه الرقابة فى تفسير العقود والمحررات. فهى تراقب قاضى الموضوع فى هذا الشأن مراقبة دقيقة، وهى وإن كانت قد وضعت لها بعض الضوابط،

---

[1] نقض ٢٨ من نوفمبر ١٩٦٠، **أحكام محكمة النقض** س ١١ رقم ١٦٢ ص ٨٤١.

[2] د / محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٤٢٧ ، ٤٤٣ ٥٨٤ .

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ، ٤٢٧ ، ٤٨٧ ، ٦٢٠ وما بعدها .

غير أنها فى الحقيقة ضوابط مرنة، وتستطيع محكمة النقض أن توسع أو تضيق فيها حسب مشيئتها.

وقد كانت نظرية محكمة النقض الفرنسية المتسعة فى تعديل العقود **Denaturation** نقطة البدء فى الرقابة المتزايدة على تقديرات قاضى الموضوع فى نطاق التعاقدات والتصرفات القانونية عموماً[١].

ولقد وصف الأستاذ **Marly**[٢] المدى الذى بلغته محكمة النقض الفرنسية فى تطبيق نظرية التعديل أو ما يطلق عليه البعض المسخ بقوله: "فى اللحظة الراهنة يمكننا أن نعتبر، كأمر مستقر، أن سلطة قضاة الموضوع فى التفسير محدودة بالسلطة التى تعطيها محكمة النقض لنفسها فى نقض الحكم الذى يمسخ شروط العقود أو التصرفات بدعوى تفسيرها".

وقد تساءل **Barjot**[٣]، وبحق، عن النص القانونى الذى تستمد منه محكمة النقض حقها فى هذه الرقابة على المسخ. ولقد أشار الكاتب إلى أن أسباب الأحكام الصادرة فى هذا الشأن تستند إلى عبارات المادة ١١٣٤من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن العقود التى تبرم صحيحة تعتبر شريعة المتعاقدين، وأن المحكمة قد استخصلت من ذلك أنه "إذا كان قاضى الموضوع يملك تفسير عقود الطرفين، فإنه لا يستطيع، تحت ستار التفسير، أن يمسخ معناها إذا كانت النصوص واضحة ومحددة "[٤].

أما الأستاذ **Marty**[٥]، فقد وجد هذا السند الذى ترتكن عليه محكمة النقض فى إعمال هذه الرقابة فى واجب قضاة الموضوع فى أن يسببوا أحكامهم، وفى سلطة المحكمة فى أن تتحقق من قيمة التدليل القانونى الذى أدى بقاضى الموضوع إلى الحل الذى فرضه.

---

[١] نقض ١١ من نوفمبر ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ ، ١ ، ٨٥. مشار إليه فى مؤلف الدكتور / محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٤٤٥ وما بعدها .

[٢] Merle, R. et Vitu, A, Traité de Droit Criminel, Problèmes Généraux de la Science Criminelle, Droit Pénal Général,١٩٧٣

[٣] bardot: Proenoident la cour de cassation these. Paris ١٨٧٦ .

[٤] – نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرى ، ١ ، ١٣٨

– نقض نوفمبر سنة ١٩٢٨ سيرى ١٩٢٩ ، ١ ، ٦٠

– جازيت دى باليه ، ١٩٢٩ ، ٣٧٣/١ . مشار إليها فى مؤلف د/ محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص٦٦

[٥] Merle, R. et Vitu, A, **“Traité de Droit Criminel, Problèmes Généraux de la Science Criminelle**”, Droit Pénal Général,١٩٧٣, P

وفى الحقيقة أن الرقابة التى تسمح لمحكمة النقض بأن تنقض الحكم بسبب تناقض الأسباب أى منطوق الحكم مع أسبابه، أى مع هذا الجزء من الوقائع من جهة، ومع التصرف القانونى الواضح الذى مسخه الحكم من جهة أخرى، إنما هى رقابة منطق. على أنه أياً كان الحكم على سلامة قضاء المسخ فإنه قائم، وهو لا يعمل إلا حيث يكون هناك تصرف قانونى واضح. ولذلك فإن النطاق الطبيعى لهذا القضاء هو نطاق التصرفات القانونية أى العقود والوصايا .

وقد بسطنا آراء الفقهاء حول نظرية المسخ التى تعملها محكمة النقض الفرنسية، ومن ثم المصرية كذلك، رغم كونها تعملها فى مجال القانون المدنى، لأنها توضح بجلاء مدى توسع محكمة النقض فى مصر وفرنسا فى بسط رقابتها على محاكم الموضوع.

وأما فى المجال الجنائى فإن محكمة النقض المصرية والفرنسية ، كذلك قد أعملت رقابتها التى لا تقل اتساعاً على قاضى الموضوع من خلال فكرة الفساد فى الاستدلال كأحد أوجه الطعن على أحكام محاكم الموضوع أمامها.

ومن حقنا بعد هذا العرض أن نتساءل عما إذا كانت الرقابة التى تجريها المحكمة العليا فى نطاق الوقائع عندما تستلزم أن يكون لهذه الوقائع أصل ثابت فى الأوراق، من حقنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه الرقابة تدخل فى إطار سلطة محكمة القانون؟ وكذلك الرقابة التى تعملها المحكمة العليا فى المجال المدنى تحت مسمى **"نظرية المسخ"** سابقة البيان، وفى المجال الجنائى فى إطار المبدأ العام المسوغ للطعن فى الأحكام أمامها والمسمى بـ **"الفساد فى الاستدلال"** .

فنحن نعتقد أن هاتين الرقابتين ، اللتين تجريهما محكمة النقض فى المرحلة الأولى من العملية القضائية تشتركان فى أمر ظاهر، هما أنهما رقابتان مستندتان بصفة أساسية إلى المنطق. فهل تستندان أيضاً إلى أساس من القانون؟.

من الفقهاء من يرى أن معنى التسليم للمحكمة العليا بهذا النوع من الرقابة إقرار حقها فى أن تتوغل فى رقابة الوقائع توغلاً بعيداً لا يقف عند حد. ويرتب على ذلك أن من الحق أن يقال إن المنطق وحده تسانده بعض اعتبارات القانون هو الذى يبرر هذا التوسع فى رقابة محكمة النقض للتقدير الواقعى لمحكمة الموضوع. ولا سيما ما اتصل منه بنتائج فحص النزاع أو تفسير التصرفات القانونية فى المجال المدنى أو فى إثبات التهمة ومدى توفر أركان الجريمة فى المجال الجنائى[١].

---

[١] د / محمد محمد منصور : **المرجع السابق ، ص** ٤٤٢ .

- **رأينا فى المسألة :**

نحن نعتقد أن المبادئ القانونية العامة تقف أساساً قانونياً متيناً لهذا النوع من الرقابة التى تفرضها محكمة النقض. وتفصيل ذلك أن القاضى يجب أن يحصر نشاطه فى حدود الخصومة كما رسمها طرفاها. وفى ذات الآن فإن قاضى الموضوع، وإن سلم له بسلطة فى التقدير، إلا أن هذه السلطة لا يمكن أن تعنى التسليم له بتجاوز الحدود الفعلية للخصومة والخروج عن وعائها. ومن ثم فلا يجوز له أن يستخلص نتائج يستحيل أن تؤدى إليها الأوراق المطروحة عليه، أو أن يفسر التصرفات القانونية على نحو يصطدم مع نصوصها الصريحة. ونحن نعتبر أن هذا التحديد يكفى أن يكون أساساً قانونياً يمكن أن يبرر نفاذ محكمة النقض إلى نطاق الوقائع.

ونضيف إلى ما سبق أن التداخل بين العناصر القانونية والعناصر الواقعية فى أحيان كثيرة والذى يستعصى على الفصل يجعل من المحتم على المحكمة العليا، ولكى تمارس ما فرضه عليها القانون من رقابة على المحاكم الأدنى، أن تراقب على هذا الجزء من العناصر الواقعية المتداخل والمتمازج مع العناصر القانونية محل رقابتها الأصيل. وعلى هدى ما تقدم وأخذاً بقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب تمارس محكمتنا العليا، من وجهة نظرى، شتى صنوف الرقابة ومن بينها تلك التى التى نحن بصددها .

- **رأينا فى تبرير تدخل المحكمة العليا أحياناً فى بسط رقابتها على مسائل واقعية:**

إن المثال التطبيقى الذى يوضح بجلاء هذا التداخل بين مسائل الواقع ومسائل القانون هو حديث المحكمة العليا ومن ورائها الفقه عن ظرف الليل فى جريمة السرقة. وتفصيل ذلك أن لفظ الليل الذى جعله المشرع ظرفاً مشددا لعقوبة السرقة، فلم يرد فى التشريع تعريف الليل، إذ قد يراد به الليل بمعناه الفلكى، أى الفترة من اليوم المحصورة بين غروب الشمس وشروقها، وقد يراد به أيضاً الفترة التى يسود فيها الظلام فعلاً. وقد تقلبت المحكمة العليا بين الرأيين عند إزالة خفاء هذا اللفظ المشكل باستخدام وسائل تفسير مختلفة على النحو التالى :

ذهبت محكمة النقض فى قضائها القديم[1] إلى أن "السرقة التى تقع قبيل طلوع الشمس تعتبر واقعة نهاراً، وفى ذات الاتجاه قضت بأن "ارتكاب الجريمة فى العشر دقائق التالية للغروب لا يعتبر حاصلاً ليلاً، لأن الليل لا يحل بمجرد مضى هذه البرهة اليسيرة بعد الغروب". ومفاد هذا القضاء اعتبار الليل الفترة التى يخيم فيها الظلام بالفعل، والوسيلة التفسيرية التى تمكنت بها المحكمة العليا من بلوغ غايتها فى إزالة خفاء هذا اللفظ المشكل، هى النظر فى الحكمة التشريعية من وراء النص، كأحد أساليب المنهج المنطقى فى التفسير، إذ فترة الليل بهذا المعنى هى الفترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد، نظراً لما تبعثه فى نفس الناس من الرهبة، ونظراً لما يهبه الظلام للجانى من جرأة فى تسهيل ارتكاب الجريمة .

ولكن محكمة النقض عدلت عن هذا الاتجاه، آخذة بالمفهوم الثانى للفظ الليل، فقررت أن "المقصود بالليل الميقات الفلكى المحصور بين غروب الشمس وشروقها"، وقضت مؤكدة ذات الاتجاه "بأن قانون العقوبات إذ نص على الليل ظرفاً مشدداً للسرقة ... إنما قصد به ما تواضع عليه الناس من أنه الفترة بين غروب الشمس وشروقها، ولو أراد الشارع معنى آخر لأفصح عنه كما فعل فى قانون المرافعات"[2].

ولكننا نلاحظ على قضاء محكمتنا العليا فى هذا الشأن عدم استقراره على الاتجاه الثانى، إذ قضت فى وقت لاحق على الأحكام سالفة الذكر أن "توافر ظروف الليل فى جريمة السرقة مسألة موضوعية"[3]. ومن مقتضيات اعتبار الليل مسألة موضوعية النظر فى حكمة التشديد، أى الميل ثانية إلى الرأى الأول[4].

وهذا يبين بجلاء صعوبة الفصل فى المسألة ويبرر بالتالى اضطرار المحكمة العليا لفرض رقابتها على بعض من مسائل الواقع .

---

[1] – نقض ٢٢ يناير ١٩١٠ **المجموعة الرسمية** س ١١ رقم ١٢.

– نقض ٢٦ يونية ١٩٢٥ **المجموعة الرسمية** س ١٧ رقم ٣٥.

[2] نقض ٤ نوفمبر ١٩٤٧ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٧ رقم ٤٠٧ ص ٣٩١.

[3] نقض ٣٠ يناير ١٩٥٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** السنة الأولى رقم ٩٠ ص ٢٧٧

[4] انظر فى تفصيل آراء الفقه العربى والفرنسى فى الموضوع د / فوزية عبد الستار : **شرح قانون العقوبات القسم الخاص** ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

- **المرحلة الثانية : رقابة محكمة النقض على تطبيق قاضـــى الموضـــوع للقانون على النتائج التى اســـتخلصـــها من الواقع (تنزيل الحكم القانونى على الواقعة):**

أما المرحلة الثانية فى العملية القضـائية، فلا تثير كثيراً من الصـعوبات فى شـأن الحدود الفاصـلة بين ما يعد خطأ فى الواقع، وما يعد خطأ فى القانون، لأن أخطاء القاضـــى فى هذه المرحلة أخطاء قانونية فى الغالب من الأمر، وهذه نتيجة حتمية لنشـاط القاضـــى فى المرحلة النهائية للعملية القضـــائية حيث يقوم القاضـــى، بعد أن يكون قد اســـتخلص من وقائع النزاع النتيجة الواقعية حســب فهمه وتقديره بتكييف الواقع فى الدعوى، فيتوخى معانى القانون فى حاصل فهم الوقائع الدعوى، ثم يرد هذا الواقع إلى حكم القانون، أو يضـــعه تحت القاعدة القانونية المنطبقة هى عليه، فى هذه المرحلة من عمله القضـائى، فكأن القاضـى يقوم بعملين فى هذه المرحلة من عمله القضـــائى، **الأول:** تكييف فهم الواقع على مقتضى القانون. **والثانى:** تناول القاعدة الواجبة التطبيق من مصادرها القانونية، ثم إنزال حكمها على حاصل ذلك الفهم.

ونشـــاط القاضـــى فى تطبيق حكم القانون على فهم الواقع لا خلاف فى أنه اجتهاد فى القانون. والخطأ فيه يقع إما بمخالفة القاعدة القانونية المنطبقة، أو بالخطأ فى تأويلها، أو بالعدول عنها إلى قاعدة لا تنطبق.

وهذا النظر يصـــدق بداهة على إســـباغ وصـــف التهمة، وتحديد الأنموذج القانونى المنطبق فى المجال الجنائى، وتكييف العقود والمحررات فى المجال المدنى. فالفقه والقضاء، فى فرنسا ومصر، مستقران على ذلك.

هذه الضـــوابط العامة التى يذكرها الفقه، على إيجازها الشـــديد، تمكننا من التعرف على حقيقة نشاط محكمة النقض وحدود رقابتها على قاضى الموضوع. وهى إن دلت على توسـع من جانب محكمة النقض فى بسط رقابتها على بعض النواحى الموضـوعية، إلا أنه يستحيل القول بأنها حتى فى الحالات الاسـتثنائية التى توســـعت فيها، قد أزالت نهائياً الحدود الفاصـــلة بين الواقع والقانون؛ فلا زالت رقابتها فى الغالب الأعم رقابة محكمة قانون، والاسـتثناءات التى وسـعت فيها رقابتها لم تطغ على هذا الأصل[١].

---

[١] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٣.

المبحث الثالث

دور المحكمة الدستورية العليا فى التفسير القضائى

هذا المبحث يتناول دور المحكمة الدستورية العليا فى التفسير القضائى، من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول: الهدف من قيام المحكمة الدستورية بالتفسير، والمطلب الثانى: الشروط التى يجب توافرها لقيام المحكمة بالتفسير، المجال الذى تمارس فيه المحكمة الدستورية اختصاصها بالتفسير، والمطلب الثالث: طبيعة القرارات التفسيرية الصادرة عن المحكمة الدستورية.

المطلب الأول

الهدف من قيام المحكمة الدستورية بالتفسير

- **تمهيد :**

عندما صدر الدستور الحالى سنة ١٩٧١، نص فى المادة ١٧٤ منه على إنشاء المحكمة الدستورية العليا، وقرر فى المادة ١٧٥ أن تتولى المحكمة المذكورة دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين فى القانون.

وقد صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، تنفيذاً لنصوص الدستور وعمل به اعتباراً من ٢١ سبتمبر سنة ١٩٧٩، وتضمنت المادتان ٢٦،٢٥ من ذلك القانون اختصاصات تلك المحكمة، وبالنسبة للتفسير أوضحت المادة ٢٦ أن المحكمة الدستورية العليا تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية[١].

وعلى هذا فإن التعرض لدور المحكمة الدستورية العليا فى التفسير يتطلب مناقشة النقاط التالية[٢]:

١ – الهدف من قيام المحكمة بالتفسير .

---

[١] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٣ .

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١١٣ وما بعدها .

انظر المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بإنشاء المحكمة العليا والتى ألغيت بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

٢ – الشـــروط التى يجب توافرها كى تؤدى المحكمة دورها التفسيرى.

٣ – مجال الاختصاص التفسيرى للمحكمة .

٤ – طبيعة القرارات التفسيرية الصادرة عن المحكمة .

- **الخلاصة :**

لم يحدد القانون الصـــادر بإنشـــاء المحكمة الدســـتورية العليا أو مذكرته الإيضـاحية الهدف من قيام المحكمة بالتفسـير، إلا أنه قد سـبق أن ورد بالمذكرة الإيضـاحية لقانون المحكمة العليا التى حلت محلها المحكمة الدسـتورية العليا ما يلى: وقد جعل المشـروع تفسـير المحكمة العليا ملزماً، بذلك لا تكون ثمة حاجة إلى الالتجاء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض[١].

ويبدو أن المشرع رأى عدم تكرار ذلك القول فى قانون إنشاء المحكمة الدستورية، ولا فى مذكرته الإيضاحية اكتفاء بما سبق ذكره بصدد المحكمة العليا، أو رأى أن ذلك الهدف من الوضوح بحيث لا يتطلب النص عليه فى القانون أو الإشارة إليه فى المذكرة الإيضاحية.

والراجع أن المشرع قدر أن قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير يهدف إلى الإسراع فى إصدار التفسير الملزم، وذلك حتى يتفادى اللجوء إلى السلطة التشريعية التى تستغرق وقتاً طويلاً لإصدار مثل هذا التفسير، وخاصة أن السلطة التشريعية لا يتوافر لديها العدد الكافى من الأشخاص الذين لديهم دراية كافية بالنواحى القانونية، هذا فضلاً عن كون التفسير يتطلب إمكانيات خاصة لا تتكون فى الفرد إلا نتيجة حصوله على دراسات معينة، بالإضافة إلى الخبرة التى يكتسبها من الممارسة العملية، والأفراد الذين تنطبق عليهم هذه المواصفات يندر وجودهم فى المجالس التشريعية، كما أن التصويت على مواد التشريع التفسيرى قد يستغرق وقتاً طويلاً، وتجنباً لكل ذلك رأى الشارع إسناد هذه المهمة إلى المحكمة الدستورية العليا.

وبالنسبة لقيام لجنة أو هيئة بإصدار تفسير ملزم بناء على تفويض من السلطة التشريعية، فقد رأى الشارع أن ذلك أمر لا يخلو من المثالب، وأهمها افتقار

---

[١] انظر كذلك المذكرة الإيضـاحية للقانون الصـادر بإنشـاء المحكمة العليا والتى ألغيت بإنشـاء المحكمة الدسـتورية العليا .

أعضاء اللجنة إلى الخبرة القانونية التى تؤهلهم للقيام بهذا العمل، الأمر الذى يجعل التفسيرات الصادرة عن تلك اللجان لا تحقق الغرض المرجو منها[1].

المطلب الثانى

الشروط التى يجب توافرها لقيام المحكمة بالتفسير

(المجال الذى تمارس فيه المحكمة الدستورية اختصاصها بالتفسير)

وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون إنشاء تلك المحكمة يقتصر مجال التفسير بالنسبة لها على القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، والقرارات بقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية، وبالتالى يخرج من اختصاصها التفسيرى اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية ، وأيضاً القرارات التى يصدرها رئيس مجلس الوزراء والوزراء، وكذلك القرارات التى يصدر عن مديرى المصالح ورؤساء الهيئات .

ويستبعد من اختصاص المحكمة أيضاً تفسير نصوص الدستور، فليس لهذه المحكمة سلطة تفسير نصوص الدستور، لأنه لم يصدر من أية سلطة من السلطات الثلاث، وإنما أعلنته وقبلته، ومنحته لأنفسها جماهير الشعب المصرى طبقاً لما جاء بوثيقة إعلانية. وتطبيقاً لذلك رفضت المحكمة الدستورية طلب تفسير المادة ٩٩ من الدستور الحالى[2].

ونعود إلى نص المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والذى جرى على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور، وذلك إذ أثارت خلافاً فى التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها.

وتنص المادة ٣٣ على أنه " يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويجب أن يبين فى طلب التفسير، النص التشريعى المطلوب تفسيره،

---

[1] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٤ .

[2] انظر قرار المحكمة الدستورية بصدد طلب التفسير الصادر فى جلسة أول مارس ١٩٨٠ ، **مجلة المحاماة** ، السنة ٦٥ ، العددان ١، ٢ . يناير وفبراير ١٩٨٥ ، ص ١١١ .

وما إشارة من خلاف فى التطبيق، ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه".

ومن هاتين المادتين نستخلص الشروط الآتية :

أ – أن يشير النص المطلوب تفسيره خلافاًفى التطبيق.

ب – أن يكون لهذا النص أهميه تستلزم توحيد تفسيره.

جـــــ – أن يقدم طلب التفسـير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب ، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

د - أن يبين فى طلب التفسـير، النص التشـريعى المطلوب والخلاف الذى إشارة فى التطبيق والأهمية التى تستدعى تفسيره .

والواضح أن الشرطين الثالث والرابع يتعلقان بالشكل ، أما الشرطان الأول والثانى ، فهما شرطان موضوعيان[1].

- **أن يثير النص المطلوب خلافاً فى التطبيق :**

وذلك بأن تطبقه أكثر من جهة أو أكثر من هيئة قضـــائية على نحو يخالف غيرها، بحيث يترتب على هذا التطبيق عدم اسـتقرار المراكز القانونية، وانعدام اليقين القانونى الذى يعد سـمة أسـاسـية من سـمات التشـريع، ولذلك فإنه إذا كان ثمة خلاف فى الرأى حول نص ما، فإن ذلك لا يستلزم تفسيره من قبل المحكمة ، وهذا هو ما ذهبت إليه المحكمة المذكورة فى قرارها الصـــادر فى الجلســة ٣ يناير سنة ١٩٨١، بصدد طلب تفسير المادة العاشرة من القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٤الصادر بإنشاء شركة الإسكندرية للملاحة والأعمال البحرية حول النص المطلوب تفسـيره، وكانت أهمية هذا النص والآثار التى تترتب عليه مقصــورة على طرفى الخلاف المخاطبين وحدهما بأحكامه، وبذلك ينتفى ما يقتضى تفسير النص تفسيراً ملزماً[2].

---

[1] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٤ .

[2] قرارات المحكمة الدستورية العليا بصدد طلب التفسير رقم ١ لسنة ١ قضائية المنشور فى مجلة المحاماة ، السنة الخامسة والستون ، العددان الأول والثانى ، يناير وفبراير سنه ١٩٨٥، ص ١١٥ .

كما قررت المحكمة ذاتها أنه إذا ثار خلاف بين جهة رأى وجهة قضاء، فإن ذلك لا يعد خلافاً فى التطبيق طالما أنه يوجد قضاء مطرد للنص المطلوب تفسيره[1].

- **أن يكون لذلك النص أهمية تستلزم توحيد تفسيره :**

يتطلب هذا الشرط أن يكون النص المراد تفسيره قد بلغ قدراً من الأهمية يستوجب تفسيره تفسيراً ملزماً، والذى يختص بتقدير مدى أهمية هو المحكمة الدستورية العليا، وعليها أن تتبنى فى ذلك معياراً موضوعياً يتمثل فى المساس بالمراكز القانونية لفئة كبيرة من المتقاضين.

أما إذا كان النص ذا أهمية قليلة. فإن ذلك لا يعد مبرراً لتفسيره بمعرفة المحكمة الدستورية، وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة المذكورة إلى تقرير عدم اختصاصها بتفسير قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بتقرير منح للعاملين بالدولة[2].

أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس الشعب، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

وبذلك يكون الشارع قد حدد الجهات التى يجوز لها طلب تفسير نص تشريعى، أو نص لقرار بقانون صادر من رئيس الجمهورية فى: مجلس الوزراء ومجلس الشعب والمجلس الأعلى للهيئات القضائية، أى أنه خول هذه المكنة لكل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ويكون ذلك بناء على طلب ممثل كان من هذه السلطات الذى لا يجوز له أن يتقدم بهذا الطلب مباشرة إلى المحكمة، بل يجب أن يقدم الطلب عن طريق وزير العدل .

ولذا فإنه إذا تقدمت إحدى المحاكم مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا طالبة تفسير أحد النصوص، فإن طلبها يكون غير مقبولاً، وهذا ما قررته

---

[1] قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر بصدد طلب التفسير رقم ٤ لسنة ٢ قضائية تفسير ، المنشور فى مؤلف الأستاذ / محمد المصرى ، ود / عبد الحميد الشوارنى : **دستورية القوانين فى ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا ١٩٧٩ – ١٩٨٥** ، ص ٣٩٨ : ٤٠٠.

[2] – قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٥ من ديسمبر سنة ١٩٨١ فى طلب التفسير رقم ٧ . **مجلة المحاماة، المرجع السابق** ، ص ١٢٢: ١٢٤ .

– د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٥٣ .

المحكمة المذكورة فى العديد من قراراتها[1]، وتمشـــياً مع نفس المنطق لا يجوز تقديم طلب التفسير من أحد الوزراء أو أحد أعضاء مجلس الشعب إلى المحكمة مباشرة، ومن باب أولى لا يجوز تقديم مثل هذا الطلب من أحد المتقاضين .

أن يبين فى طلب التفســير النص التشــريعى المطلوب تفســيره، والخلاف الذى إشارة فى تطبيق والأهمية التى تستدعى تفسيره .

[1] – قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٨١ بصدد طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ ق.

– الأستاذ / محمد المصرى ، د / عبد الحميد الشواربى : **المرجع السابق** ، ص ٣٩٢:٣٩٤ .

– وأيضاً قرارها الصادر فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٨٢ . فى طلب التفسير رقم ١لسنة ٤ ق **المرجع السابق** ، ص ٤٠٢ ، ٤٠٣ . وكذلك قرار التفسير الصادر فى ١١ يونية سنة ١٩٨٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ ق **المرجع السابق** ، ص ٤٠٨-٤١٠ .

المطلب الثالث

طبيعة القرارات التفسيرية الصادرة عن المحكمة الدستورية

هل تعد قرارات المحكمة الدستورية العليا الصادرة بالتفسير من قبيل التشريعات التفسيرية؟ لا يمكن التسليم بذلك لأن قانون إنشاء المحكمة المذكورة لم يتضمن نصاً يقرر ذلك، هذا فضلاً عن أن الأخذ بهذا القول يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات.

وبالنسبة إلى قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير ، فهل يؤدى ذلك إلى سلب المحاكم الأخرى حقها فى التفسير؟

إجماع الفقه والقضاء على[1] أن قيام المحكمة السالفة الذكر بالتفسير على النحو الموضح فى القانون الخاص بها لا يسلب غيرها من المحاكم حق التفسير، ذلك أن اختصاص المحاكم الأخرى بالتفسير جزء من وظيفتها القضائية، فلا يمكنها تطبيق القانون دون تفسيره، بل أن النطاق الذى تمارس فيه تلك المحاكم مهمة التفسير أوسع وأعمم من نطاق المحكمة الدستورية.

بيد أن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية يتميز بصفة الإلزام التى يستمدها من القانون.

على أنه لا يجوز للمحاكم أن تفسر نصاً تشريعياً أو قراراً بقانون على نحو يخالف التفسير الصادر بصدده من المحكمة الدستورية العليا، طالما كان التفسير الأخير مستوف جميع شروطه طبقاً للقانون.

---

[1] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١١٩ ، ص١٢٠.

المبحث الرابع

التفسير القضائى
وشبهة الأثر الرجعى للقانون المتحصلة منه

من المبادئ المستقرة فى النظم القانونية المعاصرة، والتى تحظى باعتراف عالمى، مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضــى. فالنص القانونى الصــادر عن المشـرع لا يطبق إلا على الوقائع التى تحدث بعد صــدوره، ولا يجوز أن يمتد حكمه إلى وقائع سبقت فى وجودها وجوده. وثمة استثناءات قليلة من هذا المبدأ لكنها لا تنال من صحته وإنما تؤكد أهميته وضرورته.

ويثور التســاؤل فيما يتصــل بالعلاقة بين مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضى وبين التفسير القضائى للقواعد التشريعية ، عما إذا كان تفسير المحاكم للقانون يجعل لنصوصه أثراً رجعياً يتعارض مع المبدأ المشار إليه ؟

وفى هذا المبحث نتناول موضوع التفسير القضائى وشبهة الأثر الرجعى للقانون المتحصلة منه، من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول: حدود المشكلة، والمطلب الثانى: المشكلة فى النصوص التشريعية المكتوبة، المطلب الثالث: المشكلة فى النظم القانونية الغير مدونة، مع بيان الخلاصة منه فى ضرورة تجاوز شبهة الأثر الرجعى التى ينتجها التفسير القضائى.

المطلب الأول
حـدود المشـكلة

وبيان هذا التساؤل أن القاضى حين تعرض عليه واقعة معينة يتنازع طرفاها حكم القانون كل منهما يذهب فيه مذهباً يحقق مصلحته، يصدر حكمه منحازاً فى الغالب إلى أحد التفسيرين اللذين تنازع فيهما طرفا الخصومة المعروضة عليه، أو يذهب إلى تفسير ثالث ينهى به النزاع لصالح أحدهما، فيحقق له النتيجة التى تغياها فى دعواه أو دفاعه، وإن خالفه فى أسبابه وأسانيده .

ولا يضع القاضى، على التفصيل السابق، بحكمه الذى هو الوجه العملى لتطبيق النصوص قاعدة تنطبق على حالات تجد بعد وضعها، وإنما يضع قاعدة تنطبق على منازعة نشأت قبل نشوء القاعدة ذاتها. فتفسير المحاكم للقانون يجعل لنصوصه من الوجهة النظرية البحتة أثراً رجعياً يتعارض مع المبدأ المشار إليه من حيث الظاهر.

فهل يعتبر ذلك من قبيل الأثر الرجعى المحظور إسباغه على نصوص القانون بصفة عامة، والقانون الجنائى من وجهة نظر أكثر تخصيصاً ؟

يفرق الفقه فى الإجابة عن هذا التساؤل بين الأنظمة التى تكون القواعد القانونية فيها أساساً مكونة من النصوص التشريعية المكتوبة، وبين تلك الأنظمة التى ترجع القواعد القانونية فيها إلى نظام السوابق القضائية أى إلى أحكام القضاء .

المطلب الثانى

المشكلة فى النصوص التشريعية المكتوبة

- **بالنسبة للنظم ذات القواعد القانونية الصادرة عن سلطة تشريعية تستقل بوضع القانون:**

هنا يعتبر الأمر أقل صعوبة من الأنظمة الأخرى ذلك أن السلطة التشريعية تختص وحدها بوضع القواعد القانونية العامة التى تشكل أساس النظام القانونى فى المجتمع وتحكم العلاقات بين الأفراد فيه، وتقتصر وظيفة القضاء فى هذه النظم على تطبيق القواعد التى تتضمنها القوانين على المنازعات التى تقع بين الأفراد، وفى سبيل إتمام القضاء لهذه الوظيفة، وظيفة تطبيق النصوص[1]، يقوم بتفسير النصوص القاضى ممثلاً السلطة القضائية .

بينما السلطة التشريعية تختص بوضع القواعد القانونية التى يقتصر اختصاص القضاء على تفسيرها وتطبيقها، وذلك يرجع لسريان حكم القانون الذى يستخلصه القاضى فى تفسيره لنصوصه، وعلى وقائع تكاملت عناصرها قبل صدورها الحكم أمراً مقبولاً على الرغم مما يبدو فيه من حيث الظاهر من امتداد أثره إلى الماضى، وتبرير ذلك يعود إلى أمرين :

أولهما : أنه لا ينشئ قواعد عامة مجردة تسرى على الوقائع والأشخاص دون تمييز شأن قواعد التشريع ذاته، وإنما يرمى إلى تقرير قاعدة لحسم نزاع خاص بين أشخاص معينين ذوى عناصر معينة.

ثانيهما : أن هناك ضرورة عملية لا مخرج منها هى ضرورة إنهاء النزاع بين هؤلاء الأشخاص المتقاضين، وهو نزاع لا يرفع إلى القضاء إلا وقد تكاملت عناصره الواقعية، وثار الخلاف حول حكم القواعد القانونية فيه، ولو جعلنا حكم القاضى لا يسرى إلا على الوقائع الجديدة غير الواقعة المعروضة عليه فإننا فى الواقع نكون قد أهدرنا كل قيمة لعمل القاضى الذى يتمثل أساساً فى وجوب فض المنازعات بين الأفراد، وتتحول مهمته فى هذه الحالة إلى مهمة تشريعية بدلاً من كونها مهمة قضائية.

---

[1] - د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٢ وما بعدها.

- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٦ وما بعدها.

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩ ، ١١٠وما بعدها .

ويضيف البعض فى تبرير التفسير القضائى وعدم معارضته لمبدأ عدم رجعية القوانين إلى أن القاضى حين يتبين من خلال تفسير النص حكم القانون، فهو فى الواقع لا يفعل سوى أن يطبق على المنازعة المعروضة عليه القانون القائم وقت رفعها إليه، ومهما كان وضوح نصوص القانون ودقتها، فإن العمل لابد أن يثير خلافات بين الناس فى فهمها وتطبيقها، ويتعين أن يعهد المجتمع إلى سلطة فيه، وهى السلطة القضائية لفض هذه الخلافات بطريقة تؤدى إلى تحقيق العدل وإنصاف المظلوم .

هذه هى المبررات العملية التى يسوقها الفقه لتبرير التفسير القضائى، وبيان عدم معارضته لمبدأ عدم رجعية القوانين[١]، وأن المعارضة الظاهرية لمنطق المبدأ مع منطق التفسير القضائى سرعان ما تتبدد.

ويضيف الفقه أساساً نظرياً لقبول ذلك يمكن فى اعتبار الأحكام القضائية كاشفة عن الحقوق لا منشأه لها، فحكم القاضى لا ينشئ حقاً من العدم، وإنما يعترف بحق سبق فى وجوده صدور الحكم الذى اعترف به غاية ما هناك أن هذا الحق كان محل منازعة فى أصله أو فى بعض عناصره، فأعطاه الحكم القضائى ما كان يفتقر إليه من تأكيد أو قوة أو تحديد وحسم المنازعة القائمة، وعلى هذا الأساس فإن التفسير الذى يذهب إليه حكم القضاء يرجع بداهة فى تفسيره على المنازعة القائمة إلى وقت وجود الحق لا إلى وقت صدور الحكم .

---

١ - د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٢ وما بعدها .

- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠١.

المطلب الثالث

المشكلة فى النظم القانونية الغير مدونة

بالنسبة للأحكام القضائية فى الأنظمة المستندة إلى مبدأ السوابق القضائية، أى غير مستندة إلى السلطة التشريعية، فحسب فى إنشاء القواعد القانونية هنا، فإن المشكلة والتعارض الظاهرى بين مبدأ عدم رجعية القانون، وبين التفسير القضائى للمشكلة أكثر عمقاً، مما حدا بجانب من الفقه إلى القول بأن المحاكم فى الشرائع غير المدونة تضع القانون على النحو الذى اتبعته المجالس التشريعية، بل وتضعه بطريقة لا يجرؤ عادة على وضعه بها، إذ تجعله ذو أثر رجعى ينطبق على وقائع حدثت قبل وضع القانون.

وقد انتقد جمهور الفقهاء هذا الرأى، إلا أنه يعبر عن مدى المشكلة من وجهة النظر المنطقية.

ويدحض جانب من الفقه هذه المقولة، وما تؤدى إليه بالقول بأن الواقع يبدى أن وظيفة المحاكم فى الشرائع غير المدونة لا تختلف اختلافاً كبيراً عن وظيفة المحاكم فى الشرائع التى تلتزم بتشريعات مدونة به، فكل منهما تعمل فى ظل إطار تنظيمى يجعل قبول الأثر الرجعى للأحكام القضائية أمر لا غبار عليه بل أمراً مسلماً به.

ومن ناحية أخرى فهذا الأثر الرجعى للأحكام القضائية ليس خاصية مميزة للنظام القانونى الذى يعتمد على مبادئ أرستها السوابق القضائية، وإنما هو خاصية لازمة لأى نظام إجرائى يمكن الأطراف المتنازعة من طلب الفصل بينها لتقرير حكم القانون، ويحدد جهة فتقوم بهذه المهمة، وهو القضاء.

إن الأمر يزداد وضوحاً لدى جانب آخر من الفقهاء إذا وضعنا فى الاعتبار عدة حجج بعضها عملى وبعضها نظرى[1]، وعلى التوالى:

أولاً : الاحترام الذى تبديه المحاكم إلى السوابق القضائية فى هذه الأنظمة، وعدم العدول عما أرسته من مبادئ يخفف إلى حداً كبير من احتمال وقوع تغيير قضائى أساسى فى القانون القائم فعلاً .

ثانياً : حين تطبق المحاكم فى هذه الأنظمة قواعد أرستها السوابق القضائية، وهى فى نظر الرأى العام تحتاج إلى تعديل، أو تسبب صعوبات عملية،

[1] - د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٢١، ٢٢.

- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٥ وما بعدها.

فتلك المحاكم تعتمد فى الواقع على المشرع الذى يمكنه حين يرى الحاجة ماسة إلى تغيير هذه القواعد، ويصدر تشريعات يلغيها أو يعدل من أحكامها، وهذا ما فعله المشرع فعلاً بصورة متكررة فى كل من بريطانيا والولايات المتحدة وغيرها من هذه الأنظمة.

ثالثاً : أن نظام السوابق القضائية فقد قدراً كبيراً من خطورة الأثر الرجعى للأحكام بخروج إنشاء القواعد الجنائية من ولاية القضاء، فطبقاً لهذا النظام وعلى النحو السائد الآن فى بريطانيا وأمريكا لم يعد فى سلطان المحاكم أن تنشئ جرائم جديدة وتحدد العقاب عليها، وأصبحت وظيفة التشريع فى المجال الجنائى بالذات مقصورة على البرلمان .

فإنه فى نطاق القانون الجنائى لم تعد وظيفة المحاكم تختلف فى تلك الدول عنها فى الدول التى تأخذ أصلاً بنظام المدونات القانونية .

رابعاً : إن البلاد الذى ساد فيها نظام السوابق القضائية هى بلاد تتمتع بقدر كبير من وحدة الرأى فى المسائل القانونية والسياسية، وليس مما يسهل توقعه فى هذه النظم وجود فجوات ظاهرة بين ما يعتبر ملائماً وعادلاً فى نظر الرأى العام ، وبين القواعد القانونية فى المجتمع .

- **<u>الخلاصة : ضرورة تجاوز شبهة الأثر الرجعى التى ينتجها التفسير القضائى</u>**

ومن هنا فإن أثر الأحكام القضـــائية فى الواقع حين تبدو محدثة تغييراً فى القاعدة القانونية، ليس إلا جعل القاعدة القانونية أدنى إلى ما يقبله أو يقره الرأى العام فى المجتمع، وهو أثر لا يمكن وصـفه بأنه مخالف لقواعد العدالة، أو غير مقبول. وموضـوع تأثيرات التفسيرات القضـائية على الرأى العام من المسـائل المهمة التى حاولنا إلقاء ضـوء جديد عليها عند الحديث عن خصـائص التفسـير القضائى.

وهنا ينبغى أن نفرق بين النظم القانونية التى تتكون القواعد القانونية فيها أساساً من النصوص التشريعية المكتوبة، أى الصادرة من السلطة التشريعية، وبين النظم القـانونيـة التى يرجع القواعد القـانونيـة فيهـا إلى نظـام الســوابق القضائية، أى إلى أحكام القضاء **System Common Law** .

فأما فى النظم ذات القواعد القانونية الصـادرة عن سـلطة تشـريعية تسـتقل بوضـــع القانون[1]، فإن الأمر يبدو أقل صـــعوبة منه فى النظم الأخرى. ذلك أن السلطة التشريعية تختص وحـــــدها بوضع القواعد القانونية العامة التى تشكل أساس النظام القانونى فـــى المجتمع وتحكم العلاقات بين الأفراد فيه. وتقتصر وظيفة القضـــاء فى هذه النظم على تطبيق القواعد التى تتضـمنها القوانين على المنازعات التى تقع بين الأفراد .

وفى سـبيل هذا التطبيق يقوم القضـاء بتفسـير النصـوص القانونية بهدف الوصـــول إلى حكم القانون فى الواقعة المعروضـــة عليه. وبعبارة أخرى، فإن تقسيم العمل بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية، واختصاص الثانية دون الأولى بوضـع القواعد القانونية التى يقتصـر اختصـاص القضـاء فى تفسـيرها وتطبيقها، ويجعل سـريان حكم القانون الذى يسـتخلصـه القاضـى فى تفسـيره لنصـوصـه، على وقائع تكاملت عناصـرها قبل صـدور هذا الحكم أمراً مقبولاً، على الرغم مما يبدو فيه من امتداد أثره إلى الماضى لأمرين:

أولهما : أنه لا ينشئ قواعد عامة مجردة تسرى على الوقائع والأشخاص دون تمييز شأن قواعد التشريع ذاته، وإنما يرمى إلى تقرير قاعدة تحسم نزاعاً خاصاً ذا عناصر محددة بين الأشخاص معينين .

وثانيهما : أن هناك ضـرورة عملية لا مخرج منها، هى ضـرورة إنهاء النزاع بين هؤلاء الأشخاص المتقاضين، وهو نزاع لا يرفع إلى القضاء إلا وقد

---

[1] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٢.

تكاملت عناصـــره الواقعية، ولا يســـرى إلا على الوقائع الجديدة غير الواقعة المعروضـــة عليه، فإننا فى الواقع نكون قد أهدرنا كل قيمة لعمل القاضـــى الذى يتمثل أســـاســـاً فى وجوب فض المنازعات بين الأفراد. وتتحول مهمته فى هذه الحالة إلى مهمة تشريعية بدلاً من كونها مهمة قضائية[١].

ومن ناحية أخرى، فإن القاضـــى حين يتبين من خلال تفســـير النص حكم القانون لا يفعل فى الواقع ســـوى أن يطبق على المنازعات المعروضـــة عليه القانون القائم وقت رفعها إليه، ومهما كان وضوح نصوص القانون ودقتها، فإن العمل لا بد أن يثير خلافات بين الناس فى فهمها وتطبيقها، ويتعين أن يعهد المجتمع إلى سلطة فيه بفض الخلافات بطريقة تؤدى إلى تحقيق العدل وإنصاف المظلوم. ولا غنى عن ذلك فى أى مجتمع إلا أن يســـود فيه القانون القوة وتهدر فيه قواعد العدالة .

وإذا كان هذا هو التبرير العملى لما قد يبدو أثراً رجعياً لأحكام القضـــاء، فإن الأســـاس النظرى لقبوله يكمن فى اعتبار الأحكام القضـــائية كاشـــفة عن الحقوق لا منشئة لها. فحكم القاضـى لا ينشـئ حقاً من العدم. وإنما يعترف بحق سبق فى وجوده صدور الحكم الذى اعترف به، غاية ما هناك أن هذا الحق كان محل منازعة فى أصله، أو فى بعض عناصره، فأعطاه الحكم القضائى ما كان يفتقر إليه من تأكيد أو قوة أو تحديد، وحســـم المنازعات القائمة حوله[٢]، وعلى هذا الأســاس ، فإن التفسير الذى يذهب إليه حكم القضـاء يرجع بداهة فى تأثيره على المنازعة القائمة إلى وقت وجود الحق لا إلى وقت صدور الحكم .

هذا كله عن الأحكام القضـــائية التى تســـتند إلى نصـــوص قانونية مدونة، وصـــادرة عن ســـلطة مختصـــة بمهمة التشـــريع، فماذا عن الأحكام القضـــائية المستندة إلى مبادئ قررتها سوابق قضائية ؟

لقد ســـبق أن بينا أن هناك قدراً من الحقيقة فى الفكرة الشـــائعة عن عمل المحاكم فى ظل نظام الســـوابق القضـــائية، والتى مؤداها أن هذه المحاكم تقوم أحياناً بصـنع القانون، ولا يقتصـر عملها على مجرد تفسيره وتطبيقه، وقلنا أنه حتى فى ظل نظم المدونات القانونية **Godes** فإن تفســـير المحاكم القانون هو الذى يعطى حكمه أثره الواقعى فى تنظيم المعاملات وفض المنازعات[٣].

---

١ See for details : Fuller , “Anatomy of the law” , London, ١٩٧١, (٢nd Ed .), P.١٤٠ - ١٤٣ .

٢ د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص ١٠٦٨ .

٣ – د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ وما بعدها.

ويتمثل الفارق الأســاســى بين دور المحاكم فى النظامين القانونيين فى أن المحاكم فى ظل نظام المدونات القانونية تطبق قانوناً وضـعته سلطة أخرى هى المختصة بالتشريع. أما فى ظل نظام السوابق القضائية، أو بصفة عامة فى ظل نظم الشـرائع غير المدونة، فإن المحاكم تطبق قانوناً سـبق لها أن أرسـت مبادئه وقررت أسسه.

- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٠٥ وما بعدها.
- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١١٠ ، ١١١وما بعدها .

مبحث ختامى

ظاهرة الحساسية العلمية بين المحكمتين الموقرتين

العلاقة القانونية بين محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا كما فى الواقع العملى القضائى[1]

(طبيعة التفسير القضائى بالنظر للجهة القائمة به)

- **تمهيد :**

إنه من الجدير بالملاحظة ما رصدته من حساسية تزيد وتنقص بين المحكمتين العليين، النقض والدستورية العليا، سواء فى تحديد كل منهما لاختصاصاتها من الناحية العملية ، وليس كما ترسمها النصوص القانونية ذات الصلة فحسب . وكذلك فى نظرة كل محكمة منهما للأخرى من حيث الدور الذى تؤديه فى الحياة القانونية[2] .

ويمكننا إلقاء ضوء خافت على هذه المسألة باستقراء الأحكام الحديثة للمحكمتين الموقرتين على النحو التالى:

أولاً : محكمة النقض تتداخل فى وظيفة المحكمة الدستورية (فكرة النسخ الضمنى لنص لاحق على الدستور) :

الجدير بالذكر أن الحالات التى استعملت فيها المحكمة العليا النسخ الضمنى لنص لاحق بنص سابق ناسخ هى دوما متعلقة بنص دستورى ، أى هى فى حقيقتها رقابة على دستورية القانون اللاحق، وهو ما يثير التساؤل حول العلاقة بين المحكمتين العليين النقض والدستورية ، ورصد نوع من الحساسية بينهما أدى إلى تصدى محكمة النقض لبحث دستورية النصوص تحت ستار النسخ

[1] هذا المبحث يمثل أحد الاجتهادات الجديدة غير المسبوقة فى الدراسات القانونية والقضائية ، أرجو أن أكون قد وفقت فى جمع مادتها العلمية وعرضها بما يتناسب مع الهدف من هذه الدراسة .

[2] **ظاهرة الحساسية** : تسمية " **الظاهرة** " قد توحى بطول الخلاف وعمقه بين المحكمتين ، وهذا غير صحيح وغير مقصود . بل هى مرحلة طارئة ، وقد انتهت كما سيبين فى المتن . بيد أننى آثرت هذا التعبير لدقته من الناحية اللغوية ، ولم أشأ استخدام تعبير " اتجاه " أو " مذهب " .

الضـمنى بدلاً من إحالة الأمر إلى المحكمة الدسـتورية، وهو ما حاولنا أن نلقى عليه بعض الضوء فى حدود ما تتطلبه الدراسة .

ويتجلى هذا المعنى فى الأحكام التى انتهت فيها محكمة النقض إلى إبطال نصـوص قانونية بدعوى عدم دسـتوريتها. بيد أن محكمة النقض لم تسـتخدم مصـطلح عدم الدسـتورية لإبطال هذه القوانين ولكن اسـتعملت فكرة النسـخ الضـمنى لاسـتبعاد تطبيق هذه القوانين المخالفة من وجهة نظرها لنصـوص دسـتورية. ولا يخفى أن "النسخ الضـمنى" هو من أسـاليب حل التعارض بين النصوص، ومن ثم يدخل فى إطار نظريات التفسير التى يجوز لمحكمة النقض إعمال كافة أدواتها بحرية .

ومن الأحكام التى أصـدرتها محكمة النقض فى الإطار السـابق تحديده ما قررته أنه مما قضـى به الدسـتور فى المادة ٤١ منه من عدم جواز القبض والتفتيش فى غير حالة التلبس إلا بأمر يصـدر من القاضـى المختص أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون، يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته، وما نصـت عليه المادة ١٩١ من الدسـتور من أن "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور" لا ينصرف حكمه بداهة إلا إلى التشـريع الذى لم يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة نفاذ الدسـتور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من الشارع القانونى[١].

ويدخل فى هذا الإطار أيضاً ما قررته محكمة النقض بالنسبة لحرمة السكن من أن الدستور هو القانون الوضعى الأسمى، صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها، ويستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور، فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سـن تشـريع أدنى، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحال قد نسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه. لما كان ذلك، وكان ما قضـى الدسـتور فى المادة ٤٤ من صـون حرمة المسـكن وحظر دخوله أو تفتيشـه إلا بأمر قضـائى مسـبب وفقاً لحكام القانون، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب فى هذا الشأن من أمر قضائى مسبب، ذلك

---

[١] الطعن رقم ٢٦٠٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٥ /٩/ ١٩٩٣ س ٤٤ ص ٧٠٣

وفى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٥٠٣٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ٣ /١/ ١٩٩٠ س ٤١ ص ٤١
- الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ٢١ /١٢/ ١٩٨٩ س ٤٠ ص ١٢٧٤

بأنه ليس يجوز البتة للمشــرع من بعد أن يهدر أياً من هذين الضــمانين - الأمر القضائى والمسبب - اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن، فيسن قانوناً يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما، وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشــرعية الدســتورية، أما عبارة "وفقاً لأحكام القانون" الواردة فى عجز هذا النص فإنما تعنى أن دخول المساكن، أو تفتيشها لا يجوز إلا فى الأحوال المبينة فى القانون، من ذلك ما أفصح عنه المشرع فى المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا فى الأحوال المبينة فى القانون أو فى حالة طلب المساعدة من الداخل أو ما شابه ذلك وأما ما نصت عليه المادة ١٩١من الدســتور من أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صــدور هذا الدستور يبقى صحيحاً نافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور فإن حكمها لا ينصرف بداهة إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة نفاذ الدســتور ذاته، بغير حاجة إلى تدخل من المشــرع، ومن ثم يكون تســبيب الأمر بدخول المســكن أو تفتيشــه، إجراء لا مندوحة عنه، منذ العمل بأحكام الدســتور دون تربص صــدور قانون أدنى، ويكون ما ذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد[1].

ومن ذلك أيضــاً ما قررته محكمة النقض من أن نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية يخالف حكم المادة ٤١ من الدســتور، ومن ثم يعتبر هذا النص منسوخاً ضمناً بقوة الدستور. ولا يجوز الاستناد إليها فى إجراء القبض على الأشخاص منذ تاريخ العمل بأحكام الدستور ودون تربص بصدور قانون فى هذا الصــدد إذ أن النص الدستورى فى المادة ٤١ يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته[2].

وقضت محكمة النقض كذلك بأنه "الدستور هو القانون الوضعى الأسمى، صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه، فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور بإهدار ما سواها، ومن ثم فإذا ما لورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم إعمال النص الدستورى من بوم العمل به، ويعتبر النص المخالف أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور قد نسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه.

---

[1] الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ٢٤ /٣/ ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٢٥٨

وفى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٥٧٦٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ٧ /٥/ ١٩٩٢ س ٤٣ ص ٤٨٥
- الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٠ /٢/ ١٩٩١ س ٤٢ ص ٢٧٧

[2] - الطعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٥ /٢/ ١٩٩٥

وذلك لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى. فإذا فعلت تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور ما دام نصه قابلاً للإعمال بذاته ، وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر هذه منسوخة بقوة الدستور[1].

والجدير بالذكر أن هذا الأسلوب المتبع من المحكمة العليا يقترب من حيث أثره العملى مع ما كان يمكن تحقيقه باستخدام فكرة قاعدة الاستثناء الضمنى، والتى مضمونها استبعاد النتائج غير المقبولة عقلاً أو عملاً عند تفسير النص. ومن الجائز أن تمتد حالات قاعدة الاستثناء الضمنى لتشمل حالات عدم إعمال النصوص المخالفة أو المتعارضة مع نص أكثر صراحة وأعلى فى سلم التدرج التشريعى مثل تلك الحالات السابق ذكرها. وهذا النظر موافق أيضاً للقاعدة الأصولية المعروفة " إذا تعذر إعمال الكلام يهمل "كفرع للقاعدة الأصولية "إعمال الكلام خير من إهماله". وكنت أتمنى لو أكثرت محكمتنا العليا من إعمال هذه القواعد بديلاً عن استعمالها لفكرة النسخ الضمنى للمحاذير التى سوف أوردها فى المسألة التالية[2].

وإذا كانت التبريرات السابقة الواردة بالأحكام سالفة البيان جائزة فى حالة إعمال القضاء لفكرة النسخ الضمنى للنص القديم (كأسلوب تفسيرى) فى حالات التعارض عند صدور نص جديد يحكم ذات المسألة. فإن النسخ الضمنى لا يمكن تقريره قضائياً، من وجهة نظرنا، للنص المحدث وإبقاء العمل بالنص القديم، إذ فى هذه الحالة العكسية يعد استخدام القضاء لفكرة النسخ الضمنى تعدياً على سلطة المشرع وافتئاتاً عليها فى صميم اختصاصها، إذا كان التعارض الذى أفضى إلى النسخ بين نصين تشريعيين، أو تدخلاً فى وظيفة القضاء الدستورى الذى له دون غيره الرقابة على دستورية القوانين، إذا كان التعارض بين نص دستورى ونص تشريعى، ويعنى ذلك تعطيل النص الجديد الصادر من السلطة المختصة بالتشريع تحت ستار تفسير غير مبرر قانوناً.

والجدير بالذكر أن الحالات التى استعملت فيها المحكمة العليا النسخ الضمنى لنص لاحق بنص سابق ناسخ هى دوماً متعلقة بنص دستورى، أى هى فى حقيقتها رقابة على دستورية القانون اللاحق، وهو ما يثير التساؤل حول العلاقة بين المحكمتين العليين النقض والدستورية، ورصد نوع من الحساسية بينهما أدى إلى تصدى محكمة النقض لبحث دستورية النصوص تحت ستار

[1] الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٢ /٧/ ١٩٩٨

[2] راجع دراستنا لهذه القاعدة بالتفصيل ضمن قواعد المنهج اللغوى بالباب الثانى .

النسخ الضمنى بدلاً من إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية، وهو ما حاولنا أن نلقى عليه بعض الضوء فى حدود ما تتطلبه الدراسة[١].

وقد كان من الجائز، فى رأينا، أن تلجأ المحكمة العليا إلى قاعدة الاستثناء الضمنى فى إطار القواعد الأصولية التفسيرية الشرعية والقانونية التى ذكرناها آنفاً، لاستبعاد تطبيق النص الغير متماشى مع أحكام الدستور دون أن تدخل أو تتداخل فى مجال الرقابة الدستورية على القوانين.

المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المنوط بها، دون غيرها، مهمة الرقابة على دستورية القوانين، مؤداه، ليس لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص، ما لم يقض بعدم دستوريته. إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليها ، تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية، المادتان ١٧٥/١من الدستور، ٢٩ من ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩[٢].

ثانياً : المحكمة الدستورية العليا تتداخل فى وظيفة محكمة النقض:

ويتجلى هذا المعنى فى الأحكام التى انتهت فيها المحكمة الدستورية العليا إلى التحدث فى أسباب أحكامها عن تقريرات وتفسيرات قانونية خارج نطاق الطعن الدستورى بمدلوله المحدد. ومن ثم تحاول المحكمة الدستورية العليا أن تحول بين جهات القضاء وعلى رأسها محكمة النقض وبين تفسير نصوص بعينها تفسيرات أخرى تخرج عن المعانى التى قررتها المحكمة الدستورية العليا لهذه النصوص.

وفى هذا الإطار قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "إذا حددت المحكمة الدستورية العليا، بطرق الدلالة المختلفة ، معنى معيناً لمضمون نص تشريعى. منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التى قام عليها هذا الحكم، لتمد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التى اسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها فى المسائل الدستورية باعتبارهما متضامنين وكلا غير منقسم ولا يجوز بعدئذ لأية جهة ولو كانت قضائية، أن تعطى هذا النص معنى مغاير تخوم

[١] راجع تقييمنا لاستعمال القضاء المصرى لفكرة النسخ الضمنى بالباب الثانى من هذه الدراسة .

[٢] الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦ .

الدائرة التى يعمل فيها محدد إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا "[1].

ثالثاً : الحساسية المتبادلة فى تقرير كل محكمة لحق الأخرى وحدود سلطانها (يلتمس من صياغة بعض الأحكام للمحكمتين):

وهذه الحساسية تلتمس من صياغة بعض الحكام الصادرة من المحكمتين مثال ذلك ما قررته محكمة النقض وهى فى معرض تبيان اختصاص المحكمة الدستورية العليا من أنه "لا محل لحديث الطاعنين عن القاعدة الدستورية بعدم رجعية القوانين إذ واقعة التنازل عن المنشأة الطبية محل النزاع قد تمت – وعلى ما يبين من الأوراق – بتاريخ ١٩٨٤/٤/٣ بعد العمل بالقوانين المشار إليهما كما أنه لا محل لطلبهما بمذكرتهما المقدمة بجلسة المرافعة وقف الطعن لحين رفع دعوى أمام المحكمة الدستورية بخروج التقرير برجعية القوانين من ولاية السلطة القضائية إذ تصدى الحكام لتحديد ميعاد سريان القانون ولو كان بالمخالفة لنصوصه يعتبر من مسائل القانون ولا تختص به المحكمة الدستورية العليا عملاً بالمواد ٢٥، ٢٦، ٢٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ إذ يقتصر اختصاصها على الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح والفصل فى تنازع الاختصاص والفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين وتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين، ومن ثم يخرج من اختصاصها الفصل فى الأحكام التى تخالف الدستور ويكون هذا الدفع غير مقبول[2].

ويدخل فى ذات الإطار قضاء محكمة النقض المستقر والمضطرد بأن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام، من ثم عدم جواز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض[3].

وحول ذات النقطة التى نحاول إيضاحها قررت محكمة النقض "اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية. لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى فى تفسير تلك النصوص وتطبيقها على الواقعة المعروضة. ما

---

[1] جلسة ١٩٩٤/٨/١٤ رقم ٣٥ سنة ٩ دستورية

وفى ذات الاتجاه قضاء المحكمة الدستورية العليا فى منازعة التنفيذ رقم ١ لسنة ١٩ ق دستورية

- الطعن رقم ٩٧ لسنة ١٩ ق دستورية جلسة ١٩٩٨/٤/٤ .

[2] الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/١/٦ .

[3] الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/١/٦ .

دام لم يصدر تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية طبقاً للأوضـــاع المقررة فى قانونها. التفســيرات والتقريرات القانونية التى ترد فى مدونات حكم المحكمة الدســتورية العليا. لا تقيد محكمة النقض. أو غيرها من إعمال اختصاصها فى تفسير هذه النصوص. ما دام لم ينته الحكم إلى دستورية أو عدم دستورية النصـوص المطعون عليها. محكمة النقض. لا تعلوها محكمة. ولا تخضــع أحكامها لرقابة جهة ما. وظيفتها: توحيد تفسـير القوانين وسـلامة تطبيقها واستقرار المبادئ القانونية"[1].

وقد ردت المحكمة الدســتورية العليا على هذا النهج الذى اختطته محكمة النقض بنهج مغاير تحاول فيه تكريس مفهوم واســع لرقابتها الدســتورية على النصوص التشريعية يتضمن نوعاً من محاولة فرض تفسيراتها وتقريراتها على كافة المحاكم وفى ذلك قررت "بأن الشريعة الدستورية التى تنهض هذه المحكمة بمسئولية إرسـاء أسـسـها وتقرير ضـوابطها تتكامل حلقاتها، ومؤداها أن يكون إعمال النصوص القانونية فى نزاع معين، مرتبطاً باتفاقها مع الدستور، وإلا فقد سيادته وعلوه على ما سواه من القواعد القانونية. ولا يجوز بالتالى لأية محكمة أو هيئة اختصـها الدستور أو المشرع بالفصل فى خصومة قضـائية - وأياً كان موقفها من الجهة أو هيئة القضـــائية التى تنتمى إليها أن تقف من النصـــوص القانونية التى يبدو لها – من وجهة نظر مبدئية – تعارضها مع الدستور، موقفاً ســلبياً ، بل عليها إما أن تحيل ما ترتئيه منها مخالفاً للدســتور إلى المحكمة الدستورية العليا لتستوثق بنفسها من الشبهة التى ثارت لديها فى شأن صحتها! وإما إن تحدد للخصـم الذى دفع أمامها بعدم دسـتورية نص قانونى. وقدرت هى جدية هذا الدفع ، مهلة يقيم خلالها دعواه الدستورية أمام محكمة الدستورية العليا التى اختصـها الدستور دون غيرها بالفصل فى المسائل الدستورية، لا استثناء من هذه القاعدة، بل يكون سـريانها لازماً فى شــأن المحاكم جميعها بما فيها محكمة النقض، وذلك أن مراقبتها صـحة تطبيق القانون على وقائع النزاع التى استخلصـتها محكمة الموضـوع، يقتضـيها أن تنزل عليها صـحيح حكم يقتضـى عرضـها على المحكمة الدسـتورية العليا – عند الطعن على صـحتها – باعتبار أن الفصـل فى هذه الصـعوبة من مسـائل القانون التى لا يخالطها واقع. وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها[2].

ولقد رفضت المحكمة الدستورية العليا وراجعت ما سبق وان قضت بعدم دســتوريته من النصـــوص عندما أذنت أحد محاكم الموضـــوع للمدعى أمامها بإقامة دعواه الدسـتورية فى مسـألة سـبق وان فصـلت فيها المحكمة الدسـتورية

---

[1] الطعن رقم ١١٨٣٨ لسنة ٦٠ ق " **هيئة عامة** " جلسة ١٩٩٧/٤/١٣ .

[2] الطعن رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق **دستورية** جلسة ١٩٩٨/٢/٧ .

العليا وفى ذلك قضت "إن نطاق هذه الدعوى يتحدد بالمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧... وحيث أن هذه المسألة الدستورية عينها هى التى سبق أن حسمتها المحكمة الدستورية العليا بحكمها السابق بجلستها ٢ أغسطس ١٩٩٧... والذى قضى فى منطوقه بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٢٩ المشار إليها ... وإذ كان هذا الحكم قولاً ن لا يقبل تأويلاً ولا تعقيباً من أية جهة كانت، ومن ثم باتت الخصومة فى شأن النص المطعون فيه منتهية فلا رجعة إليها "[١].

ومما يؤكد وجهة نظرنا من رصد حساسية علمية بين المحكمتين الموقرتين فى تقرير كل منها لحدود اختصاصها هو أنه وبعد عدة أشهر من صدور أحكام المحكمة الدستورية العليا سالفة البيان صدرت مجموعة من الأحكام من الدوائر الجنائية والمدنية لمحكمة النقض تؤكد على ما ورد بقضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية وتتجاهل ما حاولت المحكمة الدستورية العليا أن تفرضه من آراء تفسيرية وتقريرات خارج نطاق الطعن الدستورى المعروض عليها .

وخير مثال على هذا الاتجاه ما قضت به الدائرة الجنائية لمحكمة النقض من أنه " لما كان قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية لا ينال منه قضاء المحكمة الدستورية اللاحق فيما أسمته منازعة التنفيذ رقم ١ لسنة ١٩ ق والذى جاء صدى لتقريرات الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية – والتى عرض لها حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية وتكفل بالرد عليها من واقع نصوص القانون الأخير الذى لم يلغ أو يعدل تنظيم الخطاب الموجه بالقانونين السابقين، وبما أورده – حكم الهيئة – من أن الحجية المطلقة قبل الكافة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية والتى تلتزم بها جميع سلطات الدولة هى – فحسب – للأحكام التى انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أو إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس – باعتبار أن هذا هو الذى يدخل فى ولايتها واختصاصها بحسب القانون الذى يحكمها لا بحسب ما نراه هى – ومن ثم ينصرف إليه الإلزام ولا كذلك ينصرف الإلزام المطلق لأى تقرير واقعى أو قانونى لم يكن موضوع الدعوى الدستورية المراد استظهار مدى اختلافه أو اتفاقه مع الدستور، وبما قرره حكم الهيئة أيضاً من أن **اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص التشريعية** – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها وجرى عليه قضاؤها – **لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها** ما لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية طبقاً للأوضاع المقررة فى قانونها بشأن طلبات التفسير. لما

---

[١] الطعن رقم ٩٧ لسنة ١٩ ق **دستورية** جلسة ١٩٩٨/٤/٤ .

كان ذلك فإنه لا ارتباط بين القول بأن قانوناً ما أصــلح للمتهم من قانون ســابق عليه وبين القول بعدم دســتورية القانون الســابق لأن المناط فى اعتبار القانون الأصــلح قد يتحقق رغم دســتورية أو عدم دســتورية أى من القانونين الســابق واللاحق أو كليهما ولو فى غير مساس بحرية المتهم الشخصية. **من المقرر أن التفســيرات والتقريرات القانونية التى وردت فى مدونات الحكم** بعدم قبول الدعوى الدستورية – ولو تضمنها منطوق ما سمى بالمنازعة التنفيذية – **لا يقيد محكمة النقض** ما دامت المحكمة الدســتورية لم تنته إلى دســتورية أو عدم دستورية النص المطعون عليه ولا هى قامت بتفسير نص تشريعى أو جنائى آخر طبقاً للمقرر فى شأن طلبات التفسير"[١].

رابعاً : بلوغ المحكمتين الموقرتين المرام الأرشد من هذا السجال واستقرار كل منهما على قناعة تحقق المصلحة العليا لهما :

إن محكمة النقض المصــرية بتاريخها الطويل كســادنة للعدالة وموحدة لتفسير القانون وبانية للاستقرار القانونى فى المجتمع اضطرت إلى دخول هذا الســجال عندما ألفت نوعاً من الوصــاية فى التفســير، إذا جاز التعبير، تريد أن تمارسه المحكمة الدستورية العليا على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها.

إن المحكمة الدســتورية العليا ولحداثة نشــأتها قد مرت بمرحلة تقعيد وتأســيس لنظرتها لذاتها ولبقية المحاكم فى مرفق القضــاء. تلك المرحلة التى يمكن تشبيهها بفتوة وعنفوان الشباب إذا ما قورنت بمحكمة النقض ذات القواعد الراســخة والخبرات المتراكمة. ولذلك كان من الطبيعى أن يســتقر الأمر بين المحكمتين الموقرتين بموقف ذاتى من كل منهما وذلك حسماً للقضية الضمنية الكامنة وراء الحســاسـية المتبادلة التى رصــدناها فى الأحكام ســالفة البيان ألا وهى، أى المحكمتين تعلو الأخرى فى السلم القضائى ؟

وللإجابة عن هذا التســاؤل بطريقة علمية فإننى اســتقرئ فى الفقرة التالية أحكام المحكمتين اللاتى تعبر عن هذا الطور الناضــج النهائى الذى انتهت إليه المحكمتين فى المسألة المثارة، وبعد ذلك أحاول أن اجتهد برأيى فى الموضوع.

واحتراماً من محكمة النقض لاختصــاص المحكمة الدســتورية العليا فى التفســير فى الحالات المنصــوص عليها فى القانون فقد توقفت المحكمة عن إعمال حقها الأصيل فى التفسير لحين فصل المحكمة الدستورية فى طلب تفسير

[١] الطعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ ق **جنائى** جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠ .

معروض عليها، فحكمت بوقف الطعن المنظور أمامها لحين الفصل فى طالب التفسير المعروض على المحكمة الدستورية العليا[١].

ولا يخفى ما فى هذا القضاء المستنير من إظهار لحرص محكمتنا الموقرة على توحيد التفسير واستقرار الأوضاع القانونية فى الدولة. وآية ذلك تريث المحكمة ووقفها للطعن المنظور أمامها وعدم استخدامها لحقها الأصلى فى تفسير النصوص المعروضة عليها من خلال الطعن، وذلك رغبة منها فى توحيد التفسير المبدى من المحكمة الدستورية العليا مع قضائها.

وفى هذا الإطار قضت محكمة النقض بأن "المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المنوط بها، دون غيرها، مهمة الرقابة على دستورية القوانين، مؤداه، ليس لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص ما لم يقض بعدم دستوريته. إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليها، تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية، المادتان ١/١٧٥من الدستور، ٢٩ من ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩"[٢].

وفى ذات الاتجاه المعبر عن نظرة دقيقة لوظيفة المحكمة الدستورية العليا قضت محكمة النقض بأن: "محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير مدى جدية الدفع بعدم دستورية النص يحكم واقعة النزاع، لازمة، وجوب تعرضها لكل الأسباب التى ساقها الخصم تأييداً للدفع وأن يكون استخلاصها فى عدم جديته سائغاً له أصله الثابت بالأوراق "[٣].

ولا يخفى ما فى هذا القضاء السديد من توجيه من محكمة النقض لقضاء الموضوع فى المحاكم الأدنى من عدم الاستهانة بالدفع بعدم الدستورية نتيجة اعتبار محكمة النقض له ليس من النظام العام كما سلف البيان. ومن ثم فإن محكمة النقض فى هذا الاتجاه تلزم محاكم الموضوع بإبداء الأسباب فى حالة اعتبار الدفع أمامها بعدم الدستورية غير جدى، بل وتراقب على ما تبديه محاكم الموضوع من أسباب فى هذا الصدد . وبذلك تكون محكمة النقض قد وضعت المحكمة الدستورية العليا الموضع الذى يليق بها قانوناً وأسست نظرة متكاملة دقيقة لهذه الأخيرة فى وجدان كافة المحاكم الأدنى الخاضعة لسلطان محكمة النقض.

---

[١] الطعن رقم ٦٦ لسنة ٦١ ق **نقض دائرة رجال القضاء** جلسة ١٩٩٤/١١/٨.

[٢] الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦ .

[٣] الطعن رقم ١٧٧٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٢.

وقد توجت محكمة النقض الموقرة هذا الاتجاه الذى أنهى الحساسية المتبادلة بين المحكمتين العليين بحكم الهيئة العامة للمواد المدنية الذى رجح اتجاه دوائر المحكمة التى امتثلت ووضعت فى اعتبارها مضمون الحكم بعدم الدستورية لنص قانونى ما على اتجاه دوائر أخرى تغافلت عن هذا الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا واطرحته واسترسلت فى إعمال نص قانونى قضى بعدم دستوريته فقضت بأن "النص فى المادة ١٧٥ من الدستور على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون " والنص فى المادة ١٧٨ منه على أن " تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعد دستورية نص تشريعى من آثار" والنص فى المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩المعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨على أن " أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ... يدل – على أنه يترتب على صدور الحكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص فى القانون غير ضريبى أو لائحة عدم جواز تطبيقه اعتباراً من اليوم التالى لنشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة، ويتعين على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها حتى ولو كانت سابقة على صدور هذا الحكم بعدم الدستورية باعتباره قضاءً كاشفاً عن عيب لحق النص منذ إنشائه بما يفى صلاحيته لترتيب أى أثر من تاريخ نفاد النص ولازم ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص فى القانون من اليوم التالى لنشره لا يجوز تطبيقه ما دام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض، وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها. لما كان ذلك. وكانت بعض أحكام هذه المحكمة قد ذهبت إلى عدم تطبيق الحكم بعدم دستورية نص لازم للفصل فى النزاع إذا صدر بعد صدور الحكم المطعون فيه. فإنه يتعين العدول عن هذا الرأى والأخذ بالرأى الأول وإعمال ذلك الحكم اعتباراً من اليوم التالى لنشره فى الجريدة الرسمية على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض"[1].

وقد بان من هذا العرض أن محكمتنا العليا قد أنصفت أحكام المحكمة الدستورية العليا وأسبغت عليها الاحترام الذى أراده لها النظام القانونى. وأوقفت

[1] الطعن رقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق هيئة عامة جلسة ١٩٩٩/٥/١٨.

بهذا الحكم الرشيد اتجاهاً بدى من بعض دوائرها بلغ حداً من الاعتداد باستقلالية قضاء النقض واستعلائه على كافة المحاكم ، مبلغاً غير دقيق من الناحية القانونية .

وفى ذات الإطار قررت المحكمة الدستورية العليا بأنه "لا يجوز لهذه المحكمة أن تتنصل من اختصاص أنيط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك ألا تخوض فى اختصاص ليس لها. ذلك أن مجاوزتها لولايتها أو تنصلها منها ممتنعان دستورياً. وكان من المقرر كذلك أن لكل من الدعويين الدستورية والموضوعية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما وكان قضاء هذه المحكمة مضطرداً كذلك على محكمة الموضوع هى التى تفصل دون غيرها فى توافر شروط قبول الخصومة أمامها وأنها كذلك تستقل بتكليفها . فلا تنازعها المحكمة الدستورية العليا فى شئ من ذلك، وإلا كان موقفها منها افتئاتاً على ولايتها أو تجريحاً لقضاء قطعى صادر عنها "[١].

---

[١] الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق **دستورية** جلسة ١٩٩٧/٢/١

- **رأينا فى المسألة :**

إن تفسـير المحكمتين الموقرتين للنصـوص القانونية المنظمة لعملهما ، وتقرير كل محكمة لاختصـاص الأخرى بصـورة واضـحة بمبادئها فى طيات أحكامها قد أعطى إجابة ضمنية أستشفها من الأحكام التى سقتها آنفاً للتساؤل الذى طرحناه ، أى المحكمتين تعلو الأخرى فى السـلم القضـائى ؟ ، وأرى الإجابة على ذلك يمكن إجمالها فى العبارة التالية : إن لكل من المحكمتين الموقرتين النقض والدسـتورية العليا مجال تعلو فيه على كافة المحاكم بما فيها كل منهما. وبعبارة أخرى إن العلو المتبادل بين المحكمتين على رأس الهرم القضائى يتحدد بحسب مجال الإعمال القانونى الخاص بالمحكمتين .

وتفصيل ذلك أنه عندما نكون بصدد الرقابة على دستورية نص قانونى فإن كافة المحاكم بما فيها محكمة النقض ملزمة بالامتثال والاتباع لما تنتهى إليه المحكمة الدستورية العليا فى قضائها. بينما تؤول الرئاسة لمحكمة النقض على كافة جهات القضاء بما فيها المحكمة الدستورية العليا عند النظر فى النصوص القانونية المبرأة من عيب عدم الدستورية .

وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تُضمن أحكامها تفسيرات وتقريرات ورؤى ونظريات قانونية وهى فى معرض تفسيرها لنصوص قانونية عرضـت لها فى الطعن المعروض عليها غير تلك النصـوص المطعون عليها بعدم الدستورية بشكل يخالف أو يناوئ ما هو مستقر من مبادئ محكمة النقض حول تلك النصوص[1].

---

[1] ومما يدل على صحة اجتهادنا الوارد بالمتن ما نشر بجريدة الأهرام بعددها الصادر فى ٢٠٠٢/٦/٧ من تصريح لأستاذنا الجليل المستشار الدكتور / فتحى نجيب – رئيس محكمة النقض السابق ورئيس المحكمة الدستورية العليا حالياً – من أن المحكمة الدستورية العليا سوف تلتزم نهجاً يبعد بها عن تفسير النصوص القانونية الغير مطعون عليها بعدم الدستورية .

الفصل الرابع
القواعد الفقهية ومهمتها

- **تمهيد : (حول أهمية الموضوع لهذه الدراسة) :**

تعد القواعد الفقهية أحد المظاهر الذاتية النظام القانونى الإسلامى. على أن دور القواعد الفقهية لا يقتصر على نظرية تفسير النصوص التى نحن بصددها إنما يتسع نطاق هذا الدور فى الدراسات القانونية الإسلامية ليصل إلى تصوير حقيقة روح النظام القانونى الإسلامى كله[1].

ومن زاوية أخرى تندرج القواعد الفقهية ضمن الدراسات الفلسفية لأحكام القانون الإسلامى، فى مقابلة القواعد الموضوعية لهذا القانون ، تلك الدراسات الفلسفية التى يراها بعض الفقه بحق أساساً يهدى إلى الصيغة الصحيحة التى تسمح بتقنين غالبية الأحكام الجنائية السلامية فى صلب مدوناتنا العقابية الحديثة وفى ظل نظمنا الاجتماعية والسياسية والدولية الراهنة بما يرضى الدين والدنيا وروح العصر جميعاً.

ويضيف هذا الجانب من الفقهاء أنه إذا كانت البلاد العربية مقبلة بلا شك على ثورة تشريعية كبرى هدفها بعث الأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية، وخاصة فى المجال الجنائى، فليس أوجب على علماء القانون بصفة عامة والقانون الجنائى بخاصة من أن يتجهوا إلى تلك المنابع الثرية للفقه الإسلامية ليتزودوا منها بما يعينهم على الإسهام فى إحداث هذه التغيرات التشريعية وشيكة الحدوث[2].

إن تكريس الأخذ بهذه القواعد الأصولية، وتيسير تداولها فى الأوساط القانونية خاصة والعلمية بصفة عامة من شأنه توحيد النظر المبدئى فى النصوص المكتوبة باللغة العربية، سواء القانونية أو حتى الأدبية وغيرها. وهو ما يختصر كثيراً من الوقت والجهد من جهة، ويمنع ويقطع الطريق على كثير من ظواهر الشطط الفكرى والدينى المرتكز أساساً على مفاهيم مغلوطة، ومبدئيات لغوية ومنطقية لا أساس لها فى فهم النصوص الشرعية. وتلك النصوص يمثل جزءاً

---

[1] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١١٤ .

[2] د / على راشد : أهمية الدراسات الفلسفية فى القانون الجنائى ، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** ، العدد الأول ، السنة ١٥ ، يناير ١٩٧٣ ، ص ١٥ .

منها، جزء من النظام القانونى فى مصر والبلاد العربية[1]. وهذا الجزء يزيد مع الأيام كما هو معلوم لاعتبارات كثيرة ليست هذه الدراسة مجال تعدادها، حتى يتم التطابق التام بينهما عند إتمام التطبيق للشريعة الغراء فى المجال القانونى والقضائى.

ونحن نعرض لهذا الموضوع الهام والشيق من خلال ثلاثة مباحث: ففى المبحث الأول نلقى الضوء على تاريخ تدوين وجمع القواعد الفقهية واستعمال القضاء لها عبر العصور وموضوعها بين العلوم الشرعية. وفى المبحث الثانى نحاول البحث فى إلقاء الضوء على الوظائف المختلفة للقواعد الفقهية. ونجعل المبحث الثالث وقفاً على دراسة أمثلة هامة من هذه القواعد على اختلاف أنواعها والإمكانيات المتعددة لاستخدامها فى مجال التفسير الجنائى .

---

[1] يذكر أستاذنا الدكتور / زكريا البرى أن الأستاذ المستشار / عبد العزيز فهمى ، أول رئيس لمحكمة النقض المصرية ، قد طلب من أساتذة الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق إمداد المحكمة العليا بالمراجع الأصولية المتعلقة بالقواعد الفقهية الأصولية واللغوية التى يتعين على المفسر والمجتهد الالتزام بها عند تفسير النصوص الشرعية ، وذلك لكى تلتزم بها المحكمة العليا عند استنباط الأحكام من النصوص القانونية المدونة باللغة العربية . راجع مجموعة محاضرات الدكتور / زكريا البرى : الوجيز فى القواعد الفقهية والقواعد الأصولية اللغوية ، قسم الدراسات العليا ،كلية الحقوق جامعة القاهرة .

المبحث الأول

ماهية القواعد الفقهية

إن ماهية القواعد الفقهية تتحدد بالحديث عن مدلول القواعد الفقهية ومعرفة القواعد بالنظر لبنيتها الذاتية، وإلقاء نظرة على التطور التاريخى لهذا المدلول وتلك الأنواع من خلال تتبع مراحل تدوين القواعد الفقهية.

- **مدلول القواعد الفقهية :**

الشريعة الإسلامية الغراء هى الوعاء الأشمل لكافة العلوم الشرعية. وعلم الفقه وعلم أصول الفقه هما الدعامتان الأساسيتان والمكونان الرئيسيان لعلوم الشريعة الإسلامية الكثيرة .

وعلم الفقه كما هو فرع رئيسى من فروع الشريعة الغراء، فهو كذلك أصل يتفرع منه علوم كثيرة. ومن بين مباحث علم الفقه المتعددة يظهر علم القواعد الفقهية بمكوناته المتنوعة. وكذلك فإنه من بين مباحث علم أصول الفقه يظهر نوع خاص من القواعد تسمى بالقواعد الأصولية.

إن الفقه الإسلامى المعاصر يعرف القواعد الفقهية تعريفاً اصطلاحياً بأنها أصول فقهية كلية فى نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها[1]. بينما يعرفها آخرون بأنها أصل فقهى كلى يتضمن أحكام تشريعية عامة من أبواب متعددة فى القضايا التى تدخل تحت موضوعه[2].

ويرى جانب من الفقه الجنائى المعاصر أن القواعد نوعان، نوع يحكم تصرفات الأفراد وعلاقاتهم وهذه هى القواعد التى يصدق عليها التعريفين السابقين، بينما هناك نوع ثان من القواعد وهو المنوط به ضبط وحكم النوع الأول، ويقصد بتلك القواعد تلك التى تحكم تطبيق القواعد المتضمنة أحكاماً تشريعية عامة على الوقائع التى تدخل على موضوعها. ويستطرد هذا الجانب من الفقه موضحاً أن هناك قواعد حاكمة للوقائع وهناك قواعد حاكمة لتلك القواعد

---

[1] د / مصطفى أحمد الزرقا : **المدخل الفقهى العام**، الجزء الثانى، جامعة دمشق ، الطبعة السابعة، ١٩٦٣، ص٩٤١ .

[2] د / على أحمد الندوى : **القواعد الفقهية** ، ص ٤٥ . وقد جعلنا من هذا البحث القيم مرتكزاً علمياً لهذا الجزء من الدراسة .

الأولى، ويدخل فى هذا النوع الثانى قواعد التفسير لغوية كانت أو منطقية أو تاريخية، وهى لا تتضمن حلولاً لمسائل معينة ولا تعطى أحكاماً تفض بها المنازعات بين الأفراد، وإنما يعمل القاضى أو الفقيه هذه القواعد ليتبين من خلال النظر فيه كيف يمكنه أن يفسر تفسيراً صحيحاً النصوص المتضمنة للقواعد التى تحكم المنازعات والتصرفات. ويطلق عليها اسم القواعد الحاكمة أو المفسرة للقواعد التشريعية[1].

ويبدو لنا من العرض السابق أن الفقه الجنائى الإسلامى المعاصر قد ضرب صفحاً عن التقسيمات العلمية القديمة التى قال بها علماء الفقه وأصوله للتفرقة بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية والضابط الفقهى وكذلك ما يعرف فى اصطلاح القدماء الفقهاء بالفروق والأشباه والنظائر.

ونحن نؤيد ضم كل هذه الأنواع تحت مصطلح واحد هو القواعد الفقهية تيسيراً على القضاة والفقهاء وإثباتاً عاماً لانتمائها لعلوم الشريعة الغراء. ولا يقدح ذلك النظر فى ضرورة الحفاظ على المصطلحات القديمة ومدلولاتها فى الأبحاث المتخصصة نظراً لأهميتها ودقتها العلمية وترتب بعض الآثار العملية على اختلاف طبيعة تلك القواعد كما سيبدو لنا فى هذه الدراسة .

وإذا كانت القواعد الفقهية بالمدلول الشامل السابق عرضه تتكون من فروع كثيرة فحرى بنا أن نحاول إلقاء الضوء على تلك الفروع بما يخدم الهدف الذى نتغياه فى هذه الدراسة والمتعلق أساساً بنظرية التفسير القضائى الشرعى والقانونى. وعليه فإن أدنى هذه الفروع هو علم الضوابط الفقهية. والضابط الفقهى، عند جمهور علماء الشريعة، هو الأمر الكلى المنطبق على مسائل باب معين من أبواب الفقه. فبينما تجمع القاعدة الفقهية فروعاً من أبواب شتى فإن الضابط الفقهى يجمع فروع باب واحد[2].

ولكن هذا الفرق بين المصطلحين "القاعدة الفقهية والضابط الفقهى" لم يكن موضع اعتبار لدى كثير من المؤلفين فى القواعد الفقهية حيث لم يتمسكوا بهذا الفرق وأطلقوا مصطلح القاعدة وأحياناً الكليات وأحياناً أخرى الأصول على ما جمع من أحكام سواء من باب واحد أو أبواب مختلفة. بينما ذهب فريق آخر من علماء أصول الفقهاء إلى تسمية الضوابط بـ "القواعد الخاصة" فى مقابلة تسميتهم القواعد الفقهية بالقواعد العامة[3].

---

[1] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١١.

[2] الإمام / جلال الدين عبد الرحمن السيوطى : **الأشباه والنظائر فى النحو** ، الجزء الأول ، ص ١٩٢ .

[3] الإمام / تاج الدين السبكى : **الأشباه والنظائر** ، القسم الثالث ، ص ٥٠.

وقد تتبع بعض الباحثين تطور مفهوم الضابط تتبعاً دقيقاً انتهى إلى أن مفهوم الضابط الفقهى والتفرقة بينه وبين القاعدة الفقهية غير مستقر فى الاستخدام بين علماء الأصول حيث لا تستقر المصطلحات العلمية على نمط معين إلا بكثرة استعمالها فى المواضع المختلفة. ويذهب هذا الرأى إلى أن هذه المصطلحات تنتقل دائماً من طور إلى طور وتتغير مع تعاقب العصور، ومن ثم قد يكون الاصطلاح عاماً فى فترة من الفترات ويتطور إلى أخص مما كانت عليه أولاً[١]. وهذا القول صحيح وقد ألفت كتب عديدة فى هذا الباب باللغة العربية. ويطلق على علم التطور فى مجال اللغة اصطلاح **Semantics**. وهذا هو الذى دعانا إلى اقتراح تعميم استخدام اصطلاح القواعد الفقهية على كل القواعد الحاكمة والمفسرة والمعينة للفقيه أو القاضى عند استنباطه للأحكام من المصادر التشريعية المختلفة .

ومن المهم فى هذا الموضع بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية. فكما سبق القول بأن الفقه علم مستقل وكذلك أصول الفقه علم قائم بذاته ولكل منهما قواعده وهناك ارتباط جذرى وثيق بينهما بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر .

ويعد الإمام شمس الدين القرافى المالكى أول من ميز بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية، حيث أوضح أن القواعد الأصولية فى غالبها هى قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية، وما يعرض من تلك الألفاظ من النسخ والترجيح ودلالات الأمر والنهى وصيغ العام والخاص، بينما القواعد الفقهية الكلية تشمل أسرار الشرع وحكمه وهى كثيرة جداً ولا توجد فى علم أصول الفقه[٢].

ويتضح من هذا التمييز أن قواعد علم أصول الفقه بالنسبة للفقه ومسائله تعد بمثابة ميزان وضابط للاستنباط الصحيح. وتعتبر القواعد الأصولية وسطاً بين الأدلة والأحكام فهى التى يستنبط بها الحكم من الدليل التفصيلى وموضوعها دائماً الدليل والحكم. بينما القاعدة الفقهية هى قضية كلية أو أكثرية جزئياتها بعض مسائل الفقه وموضوعها دائماً هو فعل المكلف.

ويرى جانب من علماء أصول الفقه المعاصر أن القواعد الفقهية متأخرة فى وجودها الذهنى والواقعى عن الفروع لأنها جمع لأشتاتها وربط بينها، وجمع لمعانيها. أما القواعد الأصولية: فالفرض الذهنى يقتضى وجودها قبل الفروع لأنها القيود التى أخذ الفقيه نفسه بها عند الاستنباط، ككون ما فى القرآن مقدماً على ما جاءت به السنة، وأن دلالة النص القرآنى أقوى فى الاستدلال من دلالة

---

[١] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٥١ وما بعدها .

[٢] القرافى المالكى : **الفروق** ، الجزء الأول ، ص ١٥.

الظاهر. وغير ذلك من مسالك الاجتهاد ، وهذه مقدمة فى وجودها على استنباط الفروع بالفعل، وكون هذه الأصول كشفت عنها الفروع فذلك لأن لها دلالة كاشفة وليست موجدة، كما يدل المولود على والده وكما تدل الثمرة على الغراس، وكما يدل الزرع على نوع البذور[١].

واستكمالاً على ما تقدم فإن القواعد الفقهية تشبه قواعد أصول الفقه من ناحية وتخالفها من ناحية أخرى. أما جهة المشابهة: فهى أن كلاً منهما قواعد تندرج تحتها جزئيات.

وأما جهة الاختلاف: فهى أن قواعد الأصول هى عبارة عن المسائل التى تشملها أنواع من الأدلة التفصيلية يمكن استنباط التشريع منها. وأما قواعد الفقه فهى عبارة عن المسائل التى تندرج تحتها أحكام الفقه نفسها ليصل المجتهد إليها بناء على تلك القضايا المبينة فى أصول الفقه. ثم إن الفقيه إن أوردها أحكاماً جزئية فليست قواعد، وإن ذكرها فى صور قضايا كلية تندرج تحتها الأحكام الجزئية فهى القواعد. وكل منهما القواعد الكلية والأحكام الجزئية داخل فى مدلول الفقه على وجه الحقيقة . وكل منهما متوقف عند المجتهد على دراسة الأصول التى يبنى عليها كل ذلك[٢]. ومن أجمل وأجمع ما قيل فى وصف تلك القواعد قول الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فى "الرسالة" حين تكلم عن قواعد الفقه فذكر أنها " تشبه الأدلة " وهذا وصف بليغ جامع لكل ما ذكرناه[٣].

وكذلك تتميز القواعد الفقهية من الفروق. والفروق عند الفقهاء هى معرفة الجمع والفرق فى مسائل الفقه. ومعنى ذلك معرفة ما يجتمع مع آخر فى الحكم وما يفترق عنه فى حكم آخر ومثله الذمى والمؤمن يجتمعان فى أحكام ويفترقان فى أحكام . فالفروق إذن هى معرفة الأمور الفارقة بين مسألتين متشابهتين فى صورتهما ولا يسوى بينهما فى الحكم[٤].

ويذكر علماء الأصول أسباباً كثيرة دعت إلى التأليف بعنوان "الفروق" فى علم الفقه منها ما يذكره الإمام الجوينى من أن مسائل الشرع ربما تتشابه صورها

---

[١] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٤٩ .

[٢] – الشيخ / محمد أبو زهرة : **الإمام مالك** ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

– د / محمد سلام مدكور : **تخريج الفروع على الأصول للزنجانى** ، تحقيق : د / محمد أديب صالح ، الطبعة الأولى ، ص ٣٦٥ .

[٣] – الإمام / المطلبى محمد بن إدريس الشافعى: **المرجع السابق** ، ص ٣٢٩.

[٤] الإمام / محمد ياسين الفادانى : **الفوائد الجنية حاشية على الفرائد البهية فى شرح منظومة القواعد الفقهية**، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، مطبعة حجازى ، القاهرة ، ص ٨٧ .

وتختلف أحكامها لعلل أوجبت اختلاف الحكام، ولا يستغنى أهل التحقيق عن الاطلاع على تلك العلل التى أوجبت افتراق ما افترق منها واجتماع ما اجتمع منها. ومن ثم فإن وظيفة هذا الفن الفقهى الرفيع المسمى بالفروق هو إظهار المسائل بوضوح وكشف النقاب عن الاختلاف فى الحكم وبين المناط فى المسائل المتشابهة من حيث الصورة والمسائل المتقاربة بعضها من بعض بحيث تتضح للفقيه والقاضى طرق الأحكام فيكون قياسه للفروع على الأصول متسق النظام[1]. ويستفاد من تتبع حركة التأليف لهذا الباب المتميز من علم الفقه أنه جرى تدوينه، أعنى الفروق، قبل تدوين القواعد الفقهية[2].

وأما الأشباه والنظائر فهى المسائل التى يشبه بعضها بعضاً معى اختلاف فى الحكم لأمور خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم[3].

ويعرفه بعض علماء الأصول بقولهم إن قياس الأشباه هو أن يجتذب الفرع أصلان ويتنازعه مأخذان فينظر إلى أولاهما وأقربهما شبهاً فيلحق به[4].

ويرى جانب من علماء أصول الفقه المعاصرين أن أصل هذا المصطلح يرجع إلى كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما، حين ولاه القضاء حيث جاء فيه " الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما لم يبلغك فى الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه ، ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى"[5]. وجدير بالذكر أن نلاحظ صحة هذا الرأى بالنسبة لمصطلح الأشباه. أما كلمة النظائر فلم ترد فى أثر عمر، رضى الله عنه، إلا أنها وردت فى حديث صحيح على لسان عبد الله بن مسعود، رضى الله عنهما، فى قوله "لقد عرفت النظائر التى كان النبى، صلى

---

[1] الإمام / عبد الله بن يوسف الشافعى الجوينى (والد إمام الحرمين الشهير) : مشار إليه فى كتاب د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٨٢ .

[2] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٨٠ .

[3] الإمام / أحمد بن محمد الحموى : **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر** ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، القاهرة ، ١٣٥٧ هـ ، ص ١٨ .

[4] الإمام / تاج الدين عبد الوهاب السبكى : **الأشباه والنظائر** ، المكتبة الأزهرية ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ذكره فى مقدمة المؤلف.

[5] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٧٤ .

الله عليه وسلم، يقرن بينهن"، والمقصود بالنظائر هنا الصور المماثلة فى المعانى كالموعظة أو الحكمة أو القصص[1].

ويبدو جلياً من العرض السابق أن الفقهاء قد أضافوا كلمة النظائر إلى كلمة الأشباه بحجة علمية دقيقة، إذ انهم أدركوا أن كلمة الأشباه لا تفى بالغرض الذى يتوخونه بحيث يدخل فيها الضوابط الفقهية والقواعد الفقهية، ولكن لا يدخل فيها مصطلح الفروق ، وبإضافة مصطلح النظائر إلى الأشباه أمكن جمع كل من القواعد والضوابط والفروق تحت عنوان واحد ليكون شاملاً للجميع. ومن ثم فقد جمعت الفنون الفقهية والأصولية المتنوعة فى موضوع واحد تحت عنوان الأشباه والنظائر. وقد جمع ما دون أولاً من الفروق ثم ما دون بعد ذلك من القواعد الفقهية تحت عنوان الأشباه والنظائر[2].

وأما النظرية العامة عند فقهاء الشريعة الغراء المعاصرين ، فهى أمر مستحدث فى دراسات الفقه الإسلامى استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامى والقانون الوضعى وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد. فى ذلك يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى عند تفصيل نظرية العقد "إن الفقه الإسلامى فى مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً عقداً، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود فيقف عند الأحكام المشتركة التى تسرى على الكثرة الغالبة من هذه العقود "[3].

ونحن نميل إلى تعريف النظرية العامة كما يراها جانب من الفقه المعاصر بأنها "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية بذكر أركانها

---

[1] الإمام الحافظ / ابن حجر العسقلانى : **فتح البارى شرح صحيح البخارى** ، الجزء الثانى ، طبعة بيروت ، دار الفكر ، ص ٢٥٦ .

[2] انظر فى معنى الشبيه والمثيل والنظير والأقسام المختلفة للفنون الفقهية المندرجة تحت عنوان الأشباه والنظائر:

– الإمام / جلال الدين عبد الرحمن السيوطى : **الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٧٩ ، الجزء الأول مقدمة المؤلف .

– الإمام / جلال الدين عبد الرحمن السيوطى : **الحاوى للفتاوى** ، طبعة القاهرة ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، الجزء الثانى ، ١٩٧٥ ، ص ٢٧٣ .

– الإمام / جلال الدين عبد الرحمن السيوطى : **الأشباه والنظائر فى النحو** ، طبعة القاهرة ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، ١٩٧٥ ، الجزء الأول مقدمة المؤلف.

[3] – د/ عبد الرزاق السنهورى : **مصادر الحق فى الفقه الإسلامى** ، دار المعارف ، الجزء السادس ، ١٩٦٨، ص١٩ .

وشروطها وأحكامها بسبب صلة فقهية بين تلك المسائل تجمعها وحدة موضوعية"[1]. ويذهب رأى فى الفقه المعاصر إلى أن النظريات العامة مرادفة لما يسمى بالقواعد الفقهية[2]. إلا أننا نرى هذا الرأى فيه من التعميم ما ينافى الدقة العلمية ذلك بأن الاختلاف الأساسى بين النظرية العامة والقواعد الفقهية يتلخص فى أمرين :

١- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً فى ذاتها، وهذا الحكم الذى تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها، فقاعدة "اليقين لا يزول بالشك" تضمنت حكماً فقهياً فى كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف النظرية الفقهية : فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً فى ذاتها كنظرية الملك والفسخ والبطلان .

٢- القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك .

والخلاصة التى ننتهى إليها من العرض السابق أن النظرية العامة هى غير القاعدة الكلية فى الفقه الإسلامى. فإن هذه القواعد هى بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات. أو إنما هى قواعد خاصة بالنسبة للقواعد العامة الكبرى. وقد ترد قاعدة من بين القواعد الفقهية لتكون بمثابة ضابط خاص بناحية من نواحى تلك النظريات .. فقاعدة "العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى" مثلاً ليست سوى ضابط فى ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد[3].

---

[1] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ١٢٠ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٦٥ .

[3] يدخل فى إطار الدراسات الفقهية الجديدة التى تتبع هذا النهج فى الدراسات الإسلامية المعاصرة كتاب د/عبد الرزاق السنهورى السابق ذكره ، ومؤلف الأستاذ / مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهى العام ، ومؤلف = د/صبحى محمصانى : **النظرية العامة للموجبات والعقود** ، ومؤلف د/ أحمد أبو سنة : **النظرية العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية** ، ومؤلف د/ محمد كمال الدين إمام : **نظرية الفقه فى الإسلام مدخل منهجى ، وفى الفقه الجنائى المعاصر** مؤلف المستشار الشهيد / عبد القادر عودة : **التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى** ، ومؤلف د/ محمد سليم العوا : **فى أصول النظام الجنائى الإسلامى دراسة مقارنة** .

المبحث الثانى

أنواع القواعد الفقهية (بالنظر لبنيتها الذاتية)

يذهب البعض من فقهاء الشريعة الغراء المعاصرين إلى تعداد أنواع القواعد الفقهية بالنظر إلى الدليل الشرعى الذى تستند إليه ، فيقسمونها إلى قسمين أساسيين[1] :

١- القواعد التى هى من حيث ذاتها نصوص الأحاديث النبوية ، ثم جرت مجرى القواعد عند الفقهاء .

٢- القواعد المأخوذة من دلالات النصوص التشريعية العامة المعللة.

وأحاول فى هذا الموضع أن أجتهد فى تبيان ما ألفيته من فروق أو صفات مشتركة بين مجموعات من القواعد الفقهية، وبيان تقسيمات اجتهد فى استحداثها لهذه القواعد. وذلك من خلال ما ألفيته من استقراء عدد كبير من القواعد الفقهية. وغايتى من عرض هذه التقسيمات تسهيل الرجوع إلى القواعد من قبل الفقهاء والقضاة المعاصرين. وجعلها فى متناول عقل الفقيه والقاضى المعاصر بالأسلوب الذى درجا على قراءته فى الفقه الوضعى، وذلك بما توضحه من قواسم مشتركة ونقاط اختلاف بين تلك القواعد المبثوثة فى أبواب متناثرة فى كتب الفقه وأصوله عند المتقدمين .

كما أنه لهذه التقسيمات المبتكرة فائدة جمة سنلمسها عند بحثنا لوظيفة القواعد الفقهية وأوجه استعمالها فى بناء الأحكام القضائية ومدى إمكانية اعتبار القاعدة الفقهية دليلاً تبنى عليه الأحكام .

أولاً : القواعد الفقهية التى تعد مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية:

وذلك عندما تكون القاعدة الفقهية مجرد صياغة لحكم نطقت به آية كريمة أو حديث شريف بصورة قطعية الدلالة والثبوت. ومثال هذا النوع قاعدة "لا ضرر ولا ضرار". وكذلك قاعدة "من ضمن مالاً فله ربحه". فالقاعدة الأولى هى نص حديث صحيح، والقاعدة الثانية هى إعادة صياغة للحديث الصحيح "الخراج بالضمان"[2].

---

[1] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٥ .

[2] الحديثان فى صحيح البخارى.

ومن القواعد التى تعد من هذا النوع قاعدة مشهورة فى باب الحدود والجنايات وهى "الحدود تدرأ بالشبهات" أو "الحدود تسقط بالشبهات"، فهذه قاعدة جليلة فى باب القضاء يتجلى فيها الاحتياط والتدقيق فى تنفيذ الحدود والقضـاء بها تماثل نـص الحديث النبوى"ادرءوا الحدود بالشبهات"[1].

ويقابل هذا النوع فى التقسيم الذى نحن بصدده ما يسميه بعض فقهاء الأصول المعاصرين بالقواعد التى بنيتها النص من الحديث النبوى[2].

ثانياً : القواعد الفقهية التى تعد نتيجة مباشرة لأحد المصادر الشرعية :

ومثال هذا النوع من القواعد قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" ودليلها فى الشرع الحكيم ما رواه الإمام البخارى وعنون له تحت باب "لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن". وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه قررها الفقهاء استناداً إلى الأحاديث الكثيرة المذكورة فى هذا الباب. وقد قال الإمام بن حجر فى شرح البخارى نقلاً عن الإمام الخطابى رحمه الله " وليس المراد تخصيص القاعدة فى أمور الوضوء والطهارة لأن المعنى إذا كان أوسـع من اللفظ كان الحكم للمعنـى "[3].

ومثل هذه القاعدة نجدها فى الفقه وأصول الفقه لكونها قاعدة أساسية، ولذلك نجد فقهاء الشريعة يقررون أنها" قاعدة مضطردة لا يخرج منها إلا مسائل معدودة "[4]. بينما يقرر الفقهاء والأصوليون أنه لا غنى عنها فى تفريع الأحكام وكذلك فى استنباطها. ويقررون بناءً عليها قواعد مثل "الأصل براءة الذمة" ، و"القديم يترك على قدمه" هذا فى الفقه. ويخرجون عليها قواعد مثل "الأصل فى الألفاظ أنها للحقيقة"، و"الأصل فى الأوامر أنها للوجوب وفى النواهى أنها للتحريم"، و"لا يخرج شئ عن أصله إلا بدليل خاص" وهذا فى أصول الفقه. ومثل هذه القاعدة نجد أئمة الفقه مثل الإمام جلال الدين السيوطى يصفها بأنها تتضمن ثلاثة أرباع علم الفقه. ومن علماء أصول الفقه من يخصها بشرح

---

[1] الإمام / جلال الدين عبد الرحمن السيوطى : **الأشباه والنظائر فى الفقه** ، **المرجع السابق** ، ص ١٢٣ .

[2] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٦ .

[3] الإمام الحافظ / ابن حجر العسقلانى : **المرجع السابق** ، الجزء الأول ، ص ٢٣٧ .

[4] الإمام / أبو زكريا محى الدين يحى بن شـــرف الدين النووى : **المجموع شـــرح المهذب** ، الجزء الأول ، مطبعة الإمام بمصر ، بدون تاريخ ، ص ٢٠٥ .

مستفيض معنوناً لها " فى قواعد تشبه الأدلة"[1]. كل ذلك يبين مدى أهمية هذه القاعدة وأمثالها فى بناء اجتهادات فقهاء الشريعة وأصول الفقه المتقدمين.

وكل ما سبق من ملاحظات نجدها تصدق على القاعدة "المشقة تجلب التيسير" فهى أصل عظيم من أصول الشرع والأدلة عليها تفوق الحصر حتى بلغت مبلغ القطع. وهى قاعدة فقهية وكذلك قاعدة أصولية. ومنها تتفرع قواعد كثيرة فى علم الفقه وعلم أصول الفقه. منها قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "وما جاز بالضرورة يتقدر بقدرها"، وقاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"[2].

ومنها أيضاً قاعدة "الأمور بمقاصدها" وهى من القواعد الأساسية فى الفقه الإسلامى والأصل فيها قول النبى صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله . ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه"[3].

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى يعبر عنها الفقهاء بقولهم "إن العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى". ويؤسس الفقه الإسلامى على قاعدة "الأمور بمقاصدها" نظرية القصد الجنائى والتفرقة بين العمد والخطأ فى أحكام الجرائم والعقوبات[4].

ومن المسلم به أن قاعدة "الأمور بمقاصدها" لها أثرها فى تفسير النصوص التشريعية ، وأفعال العباد وأقوالهم وعقودهم. ولا يقتصر أثرها على القواعد التشريعية الجنائية، وإنما يمتد إلى تفسير نصوص الشريعة كافة.

---

[1] الإمام / جلال الدين عبد الرحمن السيوطى : **الأشباه والنظائر فى الفقه** ، **المرجع السابق** ، ص ٥١ .

الإمام / عبد الرحمن بن جاد الله البنانى : **حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع** ، الجزء الثانى ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، مصر ، ١٩١٣ ، ص ٢٩٠ .

[2] الإمام / أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمى الشاطبى : **الموافقات فى أصول الشريعة** ، الجزء الأول ، تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد ، طبعة مصر ، مطبعة صبيح ، بدون تاريخ ، ص ٢٣١ .

[3] رواه الستة . أما ما قاله الإمام ابن حجر العسقلانى : عن هذا الحديث متفق على صحته ، أخرجه الأئمة المشهورون إلا الموطأ ، **فتح البارى** ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٧٨ هـ ، ١/١٢ .

[4] د / مصطفى أحمد الزرقا : **المرجع السابق** ، ص ٩٥٩، ٩٦٠ .

ويقابل هذا النوع فى التقسيم الذى نحن بصدده ما يسميه بعض فقهاء الأصول المعاصرين بالقواعد المأخوذة من النصوص التشريعية المعللة[1].

ثالثاً : القواعد الفقهية التى تعد تعبيراً عن رأى فقهى لأحد أوجه الاستدلال أو الاستنباط من دليل شرعى :

لقد قام فقهاء المذاهب الأربعة الشهيرة بجمع القواعد الفقهية التى تبنى عليها فروع كل مذهب. ففى المذهب الحنفى يعد الإمام الكرخى، رحمه الله ، أول جامع لأصول المذهب الحنفى فى شكل قواعد فقهية وأصولية تستند عليها آراء فقهاء المذهب. ويعتبر الفقهاء المعاصرين رسالة الإمام أبو الحسن الكرخى الحنفى أول مصدر للقواعد الفقهية واللبنة الأولى فى صرح هذا العلم الذى شيد أساسه على مدى القرون بجهود متواصلة من فقهاء للمذهب الحنفى .

ويرى الفقه المعاصر أن هذه القواعد التى جمعها الإمام الكرخى، رحمه الله ، وأدرجها فى هذه الرسالة تقوم بمثابة بعض الأصول المذهبية. وليس هناك ما ينص على أن الكرخى هو الذى استنبطها ووضعها، بل ربما استخلصها من كتب الإمام محمد بن الحسن التى تناثر فيها بعض تلك القواعد. وذلك ما يشف عن العنوان: "الأصول التى عليها مدار كتب أصحابنا .."، وقد يكون لبعض قواعد الإمام أبى طاهر الدباس أيضاً نصيب فى هذه المجموعة[2].

ومن هذه القواعد ما ذكره الإمام الكرخى من قوله فيما يمكن ان نستفيد به فى مسائل التفسير القضائى قاعدة "الأصل أن الشئ يعتبر ما لم يعد على موضوعه بالنقض أو الإبطال"، وقاعدة "الأصل إذا أمضى الحكم بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ولكن يفسخ بالنص"، وقاعدة "الأصل يفرق بين علة الحكم وحكمته"، وقاعدة "الأصل أن التوفيقين إذا تلاقيا وتعارضا وفى أحدهما ترك اللفظين على الحقيقة فهو أولى".

والجدير بالذكر أن هذه القواعد بعضها متفق عليه فى المذاهب الفقهية وبعضها مختلف فيه حيث يورد عليها بعض الفقهاء استثناءات. وإلى ذلك الاختلاف ترجع اختلافات الأحكام فى الفروع بين المذاهب. ويلاحظ بعض الفقه بحق أن معظم هذه القواعد هى قواعد مذهبية لم يصرح بها أئمة المذاهب بل صاغها الفقهاء اعتماداً على فروع المذاهب . ومن المؤلفات القيمة فى جمع

---

[1] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٢ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١٦٥.

القواعد الفقهية التى تتأسس عليها فروع المذاهب كتاب الأشباه والنظائر لابن لجيم الحنفى، حيث قسم القواعد الفقهية إلى صنفين:

أولاً : قواعد أساسية مثل قاعدة "الأمور بمقاصدها"، وقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "العادة محكمة"، وقاعدة "اليقين لا يزول إلا بالشك"، وقاعدة "المشقة تجلب التيسير".

ثانياً : قواعد فقهية أقل شمولاً للفروع أى بعبارة أخرى مختلف فى مدى انطباقها على كافة الفروع التى تندرج تحتها. وذكر منها ابن لجيم الحنفى قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" وقاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، وقاعدة "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، وقاعدة "ذكر بعض ما لا يتجزئ كذكر كله". وتتجلى أهمية هذا النوع من القواعد الفقهية التى تتأسس عليها أحكام المذاهب الفقهية عندما نجد أن كتاب ابن لجيم الحنفى الذى نحن بصدده قد توافر عليه بالشرح والإضافة والنقض والاستدراك أكثر من خمس وعشرون شارحاً من أئمة المذهب.

وفى المذهب المالكى نجد كتاباً مثل كتاب الفروق للإمام القرافى المسمى "أنوار البروق فى أنواء الفروق" وهذا الكتاب استخلص فيه المؤلف القواعد الفقهية المنثورة فى كتب الفقه المالكى وخاصة كتابه المسمى بالذخيرة . واحتوى هذا الكتاب على اكثر من خمسمائة قاعدة فقهية أوضح فى كل قاعدة ما يناسبها على مذهب الإمام مالك. ويقرر الفقه الأصولى المعاصر أن مفهوم القاعدة الفقهية عند الإمام القرافى فى هذا الكتاب تشمل من قواعد وضوابط وأحكام غير مسلم بها بل تعقبها بالنقد والاستدراك بعض علماء المذهب المالكى مثل العلامة ابن الشاط فى كتابه "أنوار البروق فى تعقب مسائل القواعد والفروق"، مثال ذلك قاعدة "خيار المجلس"، وقاعدة "خيار الشرط"، والفرق بين"قاعدة القرض وقاعدة البيع"[١].

وفى المذهب الشافعى نجد كتاب" قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام الشافعى"، ومما يميز هذا الكتاب أنه لم يكتف بجمع القواعد الفقهية وتنسيقها بل زاد على ذلك بيان ما يقدم من المصالح وما يؤخر. وموضوع الكتاب يدور حول القاعدة الفقهية الأساسية "جلب المصالح مقدم على درء المفاسد" وفقه هذه القاعدة والقواعد الفقهية المتفرعة منها. وهناك آراء واجتهادات فى هذا الكتاب الجليل كانت محل نقد ونظر من بعض الفقهاء مثل مؤلف الإمام سراج الدين البلقينى المسمى "الفوائد الجسام على قواعد ابن عبد السلام ".

---

[١] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١٩٢ وما بعدها .

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن الإمام العبقرى أبو اسحاق الشاطبى المالكى قد اتخذ من كتاب " قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام الشافعى "أساساً علمياً لمؤلفه الرائع" الموافقات فى أصول الشريعة" وهو الأصل الشهير الذى يرجع إليه فى جميع المذاهب فى فقه المصالح، وهو ما يبين مدى التوافق بين المذاهب عند استنباط الأحكام دون تشدد أو تحيز.

كذلك من الكتب التى اهتمت بالقواعد الفقهية على مذهب الإمام الشافعى . كتاب "الأشباه والنظائر" لتاج الدين بن السبكى، وقد ذهب بعض الفقهاء فى وصف هذا الكتاب القيم أنه يحتل مكاناً مرموقاً بين مؤلفات هذا الفن لما أبان فيه المؤلف من وجوه القواعد الأصولية والفقهية وأتى فيه بدر علمية نفيسة. وذلك راجعاً إلى براعة المؤلف ونبوغه فى كلا النوعين من العلم الفقه والأصول. ورغم كون الكتاب يحتوى مسائل عديدة من الفقه الشافعى فإنه من أهم الكتب التى أولفت فى الفقه الشافعى، ولذا أشاد به العلماء وساروا على نهجه فى التأليف ، منهم العلامة ابن لجيم الحنفى الذى صاغ كتابه سالف الذكر على غرار هذا الكتاب. والجدير بالذكر لكى نحيط بأنواع مختلفة لتقسيمات لأنواع فقهية، لكى يزيد ويتسع مفهومنا لأهمية القواعد الفقهية فى التطبيق المعاصر للشريعة الإسلامية أن نلاحظ تقسيم العلامة ابن السبكى فى هذا الكتاب إلى قواعد فقهية مهمة اسماها "القواعد العامة" وهى التى لا تختص بباب فى الفقه دون باب، والقسم الثانى، أسماه "القواعد الخاصة " وهى الضوابط الفقهية التى تختص بباب فقهى معين، وهناك قسم ثالث من قواعد منطقية أسماها "المسائل الكلامية" تنشأ عنها أمور فروع فقهية يحتاج إليها الفقيه وأدخل فى هذا القسم بعض القواعد اللغوية التى تنتمى لعلم النحو وتتخرج عليها فروع فقهية. ومن أنفع ما جاء فى هذا المؤلف الباب الذى تعرض فيه للمآخذ التى اختلف فيها الإمامين أبو حنيفة والشافعى، رحمهما الله، مؤصلاً فيه لمسائل الخلاف . ومن القواعد الجليلة التى جاءت فى هذا الكتاب قاعدة "إذا اجتمع أمران من جنس واحد دخل أحدهما فى الآخر غالباً"، وقاعدة "ما لا يقبل التبعيض يكون اختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"، وقاعدة "الحكم على بعض ما لا يتجزئ نفى أو إثبات حكم على كله".

وتذكرنا هذه القواعد بفكرة "التعدد المعنوى والمادى للجرائم" و"الارتباط الذى لا يقبل التجزئة بين الجرائم"، وفكرة "مشروع الإجرام الواحد "، وحسبنا هذه الإشارة فى هذا الموضع للربط الذى ننشده للربط بين التراث الخصب الذى نحن بصدد عرضه متمثلاً فى هذه القواعد الفقهية. ومن هذه القواعد، قاعدة "الظن ملغى إلا ما قام الدليل على إعماله" وتذكرنا هذه القاعدة بقواعد تسبيب الأحكام الجنائية فى الفقه القانونى المعاصر.

ومن الكتب القيمة أيضاً فى جمع القواعد الفقهية بالمذهب الشافعى كتاب "المنثور فى ترتيب القواعد الفقهية فى الفروع" للإمام الزركشى الشافعى. وقد جمع المؤلف بين دفتى فروع المذهب الشافعى والقواعد والضوابط الفقهية المقررة بالمذهب والتى تضبط للفقيه أصول المذهب. مما جعل الفقه المعاصر يصفون هذا المؤلف بأنه أجمع كتاب وصل إلينا من جهود السابقين فى هذا المجال عن مذهب الإمام الشافعى[1].

وأخيراً نشير إلى مؤلفى القيمين للإمام جلال الدين السيوطى، رحمه الله، "الأشباه والنظائر فى الفقه والنحو"، والكتاب المذكور من أروع المؤلفات فى القواعد الفقهية وأغرزها مادة وأحسنها ترتيباً وتنسيقاً. تداولته أيدى العلماء فى كل مكان وحظى بحسن القبول والرواج. وفى الواقع أتى فيه المؤلف بخلاصة مركزة وزبدة مستخلصة من كتب السابقين فى هذا المجال، فجمع فيه معظم ما تفرق وتناثر من القواعد فى كتب هذا الفن لتاج الدين السبكى والعلائى والزركشى، وأضحى بذلك مصدراً خصباً لدراسة القواعد الفقهية خاصة فى المذهب الشافعى[2].

وفى المذهب الحنبلى نجد مؤلفات مثل كتاب " تقرير القواعد وتحرير الفوائد "المشهور بكتاب "القواعد" لابن رجب الحنبلى، وقد بنى المؤلف كتابه على مائة وستون قاعدة وأتبعها بمسائل مختلفة فيها فى المذهب وتنبنى على الاختلاف فيها آراء متعددة اسماها بالفوائد وهى ذات شأن فى الفقه الإسلامى، ومنهجه فى هذه القواعد أنه يضع تحت عنوان "القاعدة موضوعاً فقهياً"، وأحياناً أخرى يورد القواعد بصيغ موجزة على غرار الكتب السابق تبيانها .

ومن القواعد التى نراها وثيقة الصلة بالفقه الجنائى ومن الممكن ترتيب أحكام عليها بهذا المؤلف القيم قاعدة "من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذى به ضمنه". وذكر الإمام ابن رجب الحنبلى من فروع هذه القاعدة أنه "لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه. ولو سقط عليه متاع غيره وخشى أن يهلكه فدفعه فوقع فى الماء لم يضمنه"، وقاعدة "إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أقلهما مفسدة وأقلهما ضرراً، لأن الزيادة لا ضرورة إليها فلا يباح". وتذكرنا هذه القواعد بأحكام الضرورة والدفاع الشرعى كسببين من أسباب الإباحة وأحكام تجاوز الدفاع الشرعى وتجاوز حالة الضرورة عند تقرير المسئولية الجنائية.

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢٣١ وما بعدها .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢٤٣ .

وحسبنا هذه الإشارة للتدليل على إمكانية الاستفادة من القواعد الفقهية فى تأصيل الأحكام الجنائية.

- **ملاحظات هامة :**

١- إن عرضنا السابق لهذا النوع من القواعد الفقهية التى تعد تعبيراً عن رأى أو مذهب فقهى فى إطار التقسيم الذى ابتدعناه للقواعد الفقهية قد ارتكز على المؤلفات الواردة بالرسالة القيمة للأستاذ الدكتور على أحمد الندوى، والذى تتبع فيها جميع ما ألف فى القواعد الفقهية بشكل غير مسبوق. وقد سهل ذلك علينا الاطلاع على ما سبق ذكره من مؤلفات أشار إليها سيادته وإلى محققيها وإلى أماكن وجودها، مما جعل اطلاعنا عليها مسبوقاً باطلاعه وملاحظاتنا مسبوقة بملاحظاته[١].

٢- من المهم أن نشير إلى مجلة الأحكام العدلية التى قامت بتأليفها لجنة من علماء الدولة العثمانية فى عام ١٢٩٢ هـ. وجمعت فيها القواعد الفقهية التى تلتزم بالسير عليها المحاكم فى الولايات العثمانية المختلفة ومن بينها مصر . وقد التزمت اللجنة القائمة بهذا العمل الأخذ بالأقوال الراجحة والمفتى بها من مذهب الإمام أبو حنيفة، رضى الله عنه، فيما عدا مسائل قليلة .

وقد سدت المجلة فراغاً كبيراً فى عالم القضاء والمعاملات الشرعية، فبعد أن كانت المسائل الفقهية مبددة ومتناثرة فى كتب الفقه العديدة، وكانت الفتاوى والنصوص الفقهية متعددة ومختلفة فى الموضوع الواحد ظهرت منتظمة فى سلك واحد .

ومن الملاحظ أن لجنة المجلة لم تصنف هذه القواعد ولم تراع التناسب والتناسق فى عرضها بل سردتها سرداً غبر مرتب، تفرقت وتباعدت فيه القواعد المتقاربة أو المتداخلة فى المعنى والموضوع. وهذه القواعد معظمها قواعد فقهية عامة من أساسية وفرعية ذات صياغة محكمة .

ومعظم تلك القواعد التى تبنتها المجلة قواعد تتفق عليها المذاهب الفقهية المشهورة مع اختلاف كيفية الاستعمال فى بعضها، اللهم إلا بعض القواعد التى جرى الخلاف فى الاعتداد بها بين الفقهاء المشاهير مثل قاعدة: "لا يتم التبرع إلا بالقبض"، كما يظهر عند النظر فى مباحث الهبة وما يتعلق بها.

---

[١] انظر بالتفصيل الفهرس العام القيم فى نهاية مؤلف الأستاذ الدكتور / على أحمد الندوى ، السابق ذكره ، الذى يشمل الكتب التى سلف ذكرها وما سواها من مؤلفات أخرى لمصادر القواعد الفقهية فى المذاهب الأربعة .

وكذلك مما ينبغى التنبيه عليه أن القواعد التى وردت فى المجلة ليست كلها فقهية، فإن بعضاً منها مثل "المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة"، وقاعدة "لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص"، يتبين لمن يلاحظها ويتدبرها أنها قواعد أصولية. ولعل المجلة تناولتها لكثرة الحاجة إليها وشيوع استعمالها فى كتب الفقه.

هذا وبما أن هذه القواعد قد أدخلت فى صلب المجلة وقرنت بها، عنى جميع شراح المجلة بشرحها شروحاً متفاوتة فى الإسهاب والاقتضاب، تبين ما يتفرع عليها من أحكام فقهية وما يستثنى منها.

أما أكبر شروح المجلة وأجلها فهو الشرح المسمى بـ "درر الحكام شرح مجلة الأحكام " للعلامة على حيدر، رحمه الله، وهو شرح يتسم ببيان المصادر الفقهية وتفسير واف للأحكام الفقهية، عربه عن التركية المحامى الأستاذ فهمى الحسينى .

٣- قام القاضى أحمد بن عبد الله بن الشيخ، رئيس المحكمة الشرعية بمكة المكرمة، بتأليف "مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل" عام ١٣٥٧ هـ، على غرار "المجلة العثمانية" سالفة الذكر أثناء عمله القضائى إبان تعيينه عضواً فى رئاسة القضاء (هيئة تمييز الأحكام) وهى المقابلة لمحكمة النقض فى مصر. وذلك مما يدل على إمكانية الاستفادة المعاصرة من القواعد الفقهية فى مجالى الإفتاء والقضاء.

٤- من الممكن أن نقسم القواعد الفقهية تقسيماً آخر يبرز أهمية هذه القواعد من زوايا أخرى غير التى ذكرناها بأن نقول تنقسم القواعد الفقهية إلى:

أولاً : قواعد فقهية معبرة عن معنى كلى محل إجماع فقهى (غالباً ما يتطابق هذا النوع مع النوع الأول من التقسيم السابق وأقصد بها القواعد التى تعد مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية) والتى وصفناها بأنها صياغة فقهية لآية كريمة أو حديث شريف.

ثانياً : القواعد الفقهية محل الخلاف الفقهى النسبى، بمعنى دخول تطبيقات فقهية فى إطارها وخروج تطبيقات أخرى على اختلاف المذاهب. أى أنه رغم الإجماع الفقهى المبدئى على القاعدة ذاتها إلا أن الخلاف حول إدراج تطبيقات معينة فى إطارها أم لا (وغالباً ما يتطابق هذا النوع مع النوع الثالث من التقسيم السابق) أى ذلك النوع من القواعد الذى قلنا أنه يعد تعبيراً عن مذهب أو رأى فقهى معين.

ثالثاً : القواعد الفقهية التى يوجد خلاف فقهى مبدئى على مدى صحتها أساساً قبل النظر إلى الفروع المندرجة تحتها وهذا القسم الذى يفرضه المنطق

ولكننى لم يحضرنى أمثلة من القواعد عليها. إذ أن معظم القواعد الفقهية محل اتفاق مبدئى من فقهاء المذاهب المختلفة وينحصر اختلافهم فى مدى اتساع وشمول القاعدة لمسائل وفروع معينة.

٥- أود أن أشير إلى أمر هام وهو أن اختلاف النظر إلى القاعدة يجعلها تارة تبدو قاعدة فقهية وتارة أخرى تبدو قاعدة أصولية، وذلك على التفصيل الاصطلاحى الدقيق الذى سبق وعرضناه. وهذا ما نضيفه حجة لنا فيما ننادى به من تعميم اصطلاح القواعد الفقهية على كافة تلك القواعد المستقاة من التراث الفقهى والأصولى الإسلامى.

ونجد أن بعض القواعد قد تكون متداخلة أو متراوحة بين القسمين المتقدم ذكرهما، فذلك نتيجة اختلاف النظر إلى القاعدة ، فالقاعدة ينظر إليها من ناحيتين :

وذلك كسد الذرائع أو العرف ، فإذا نظر إليها باعتبار موضوعها دليلاً شرعياً كانت قاعدة أصولية. وإذا نظر إليها باعتبارها فعلاً للمكلف، كانت فقهية، كسد الذرائع إذا قيل: "كل مباح أدى فعله إلى حرام أو أذى الإتيان به إلى حرام فهو حرام سداً للذريعة " كانت القاعدة فقهية، وإذا قيل: "الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدى إليه" كانت القاعدة أصولية .

والعرف : إذا فسر بالإجماع العملى أو المصلحة المرسلة كانت قاعدة أصولية ، وإذا فسر بالقول الذى غلب فى معنى، أو بالفعل الذى غلب الإتيان به كانت قاعدة فقهية[١].

٦- لمحة تاريخية عن تدوين القواعد الفقهية: وقد آثرنا أن يكون عرضنا للقواعد الفقهية بالصورة المستحدثة السابق بيانها، حيث يتضمن عرضاً تاريخياً مبسطاً عن مراحل تدوينها من خلال عرضنا لحركة التأليف فى هذه القواعد فى المذاهب الأربعة. وهذه الخطة التى اتبعناها تتناسب مع الطابع العملى التطبيقى لهذه الدراسة، وقد عنيت دراسات علمية بتتبع حركة تدوين القواعد الفقهية تتبعاً علمياً دقيقاً[٢].

---

[١] - محمد الطاهر بن عاشور : **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، ص ٦ .

- د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٧٠، ٧١ .

[٢] من أجمع هذه الدراسات ذات الصبغة التاريخية الدقيقة فى تتبع مراحل تدوين القواعد الفقهية رسالة الدكتور على أحمد الندوى التى اتخذناها أساساً علمياً لهذا الجزء من الدراسة كما سبقت الإشارة ، وانظر قائمة المراجع والمخطوطات المشار إليها فى آخرها .

المبحث الثالث

الوظائف المختلفة للقواعد الفقهية

من الاستعراض التاريخي والعلمي السابق الذي استعرضنا فيه مدلول القواعد الفقهية وطرفاً من حركة التأليف فيها يتجلى لنا أهمية تلك القواعد ودورها الفعال في كافة جوانب الحياة القانونية في الدولة الإسلامية. فلقد ظهرت بواكير هذه القواعد في الآثار الواردة عن الفقهاء في العصور الأولى للإسلام التي ازدهرت فيها حركة الاجتهاد. فلم يكن عجيباً أن نجد أساس هذه القواعد في أسلوب جوامع الكلم التي نطق بها الرسول، صلى الله عليه وسلم، في العصر الأول. وفي طور النشوء والتكوين هذا وجدنا الأحاديث النبوية محكمة العبارة قليلة الألفاظ تتضمن قواعد عامة مثل حديث "الخراج بالضمان" وحديث "لا ضرر ولا ضرار" كما سبق القول.

والذي اعتقده أن هذا الأسلوب النبوي في صياغة الأحكام الشرعية كان هو الأساس الشرعي، من حيث الشكل، لما نسج عليه الفقهاء بعد ذلك قواعدهم الفقهية محاكاة لهذا الأسلوب وهذه الطريقة في الصياغة. ولذلك لما جاء الطور الثاني من أطوار تدوين القواعد الفقهية وهو طور يسميه الفقه الأصولي المعاصر "طور النمو والتدوين" فقد بدأ الفقهاء في جمع أكثر من دليل شرعي في صياغة واحدة تشكل بنية القاعدة الفقهية من ذلك قولهم "اليقين لا يزول بالشك"، وقاعدة " المشقة تجلب التيسير"، وقاعدة "الضرر يزال" إلى مثل هذه القواعد. ثم كان الطور الثالث الذي يسميه الفقهاء بـ "طور الرسوخ والتنسيق"، وهو الذي تعددت فيه أنواع قواعد الفقهية ومن ثم تعددت وظائفها من خلال فقهاء الشريعة وأصول الفقه.

ويمكننا بناءً على ما تقدم أن نقرر أن القواعد الفقهية كانت لها وظائف مختلفة عبر العصور، وتتغير هذه الوظائف في اتجاهين، الأول تغير زمني بحسب العصر الذي وجدت فيه القاعدة الفقهية، الثاني تغير موضوعي بحسب نوع القاعدة وطبيعتها الذاتية .

ففي العصور الأولى التي ازدهر فيها الاجتهاد من لدن عصر النبوة والثلاثة القرون الأولى التالية له أعتقد أن القواعد الفقهية كانت صياغة مباشرة للدليل الشرعي بحيث اندمجت القاعدة في الدليل الشرعي وأصبحت صياغة لهذا الدليل. ويمكننا القول بأن القواعد الفقهية التي وردت إلينا من هذا العصر يمكن اعتبارها مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي.

وفى العصـــور التالية على هذا العصـــر صـــار مذهب كل إمام من الأئمة المتقدمين أســـاســـاً يبنون عليه اجتهاداتهم وقياســـاتهم ومن ثم احتاجوا إلى تنظيم المســائل المتشــابهة وتفريق غير المتشــابه، ومن هنا نما الفقه واتســع نطاقه، وبدأ الفقهاء يضعون أساليب جديدة للفقهاء، كما سبق القول، فيؤلفونها تارة تحت عنوان "القواعد"، وتارة تحت عنوان "الفروق"، وتارة تحت عنوان "الضوابط ".

وهنا نشأ بجانب القواعد الفقهية التى بنيتها الدليل الشرعى سابقة الذكر نوع آخر من القواعد تعبر عن رأى فقهى معين أو طريقة اســـتدلال مميزة يمكن أن ينشــأ عنها اختلاف أو بعبارة أخرى لا تكون محل إجماع، وأصــبح لكل مذهب فقهى أو أصـولى قواعده الفقهية التى تميزه والتى يبنى عليها فقهاءه أحكامهم فى الفروع المســتحدثة. وقد سـبق لنا إلقاء الضـوء على طرف من هذا فى المبحثين السابقين .

وفى العصـــر الحديث والذى يحلو لنا عصـــر البعث والإحياء والعودة إلى الشـــريعة الغراء، فإن وظيفة القواعد الفقهية، من وجهة نظرنا، تتسـع لتشـمل ثلاثة مجالات رئيســية: مجال الإفتاء فى مســائل ســبق للفقهاء أن أدلوا بدلوهم فيها، وجال القضــاء وذلك باســتخدام القواعد الفقهية فى الاســتدلال وفى تســبيب الأحكام القضــائية. والمجال الثالث الذى يخدم المجالين الســابقين ويصــب فيهما هو الاجتهاد الشـــرعى فى المســـائل المســـتحدثة، والتى لم يتصـــد لها الفقهاء المتقدمين لعدم وجودها فى عصـــورهم. وتلك المهمة الأخيرة المؤملة للقواعد الفقهية تشتد الحاجة إليها فى مرحلتى التمهيد ثم التطبيق لأحكام الشريعة الغراء فى كافة فروع القانون أو جوانب الحياة القانونية فى الدولة الإسلامية، وذلك من نواح متعددة: فمن ناحية أولى يمكن للقواعد الفقهية أن تســـاعدهم فى تكوين الملكات الفقهية الشـــرعية لرجال القانون قضـــاة وفقهاء ومحامين. وذلك بما تختصـــره وتدمجه وتجمله فى الكثير من المعلومات الفقهية والأدلة الشـــرعية بســبب طبيعة صــياغتها المجملة والمحكمة والجامعة والمختصــرة. ومن ناحية ثانية فإن علم القواعد الفقهية بأنواعها المختلفة من أصـــولية وفرعية تعتبر مختصـــرات مفيدة لأســـاليب التفكير التى تأســـست عليها المذاهب الفقهية والأصـولية والفلسـفية فى كافة الفروع الشـريعة الغراء، مما يسـهل على المفتى والفقيه والقاضى ودارس القانون بصفة عامة الإلمام بأطراف هذا البحر الخضم. ويعينـه هـذا الجمع المفيد والاختزال الـدقيق المتمثـل فى القواعـد الفقهيـة فى المقارنة بين القواعد الفقهية وطرائق التفكير والفلسـفات المتنوعة المنتشــرة فى جنبات التراث العلمى الإســلامى. ومن ناحية ثالثة فإن هذا الجمع والمقارنة بين الآراء والمذاهب الفقهية والأصولية الذى تيسره وتسهله القواعد الأصولية تعين المجتهد المعاصر سواء كان فرداً أو مؤسسة على أن يبنى اجتهاده فى المسائل

المحدثة على أســس علمية وشــرعية صــحيحة وتمكنه من الإطلاع على العلم الفقهى المتراكم فى العصور السابقة عليه.

ومن ناحية أخيرة فإن القواعد الفقهية تعين القاضــــى فى مرحلة التطبيق الجزئى للشريعة الإسلامية، أو التطبيق الكلى لهذه الشريعة الغراء، أو حتى فى تطبيقه لقواعد القانون الوضــــعى فى مرحلة التمهيد لتطبيق قواعد الشـــريعة الإسلامية، تعينه على التسبيب الصحيح والاستدلال القائم على أسس منطقية ولغوية ســـليمة، بالإضـــافة إلى أن اســـتدلاله بتلك القواعد يعد تدريباً لملكته القضائية على استخدام الأساليب الشرعية فى بناء أحكامه، مما يجعله مستعداً للتطبيق المســـتنير للشــريعة الغراء عندما يوفق ولى الأمر إلى اســتكمال تقنين الشريعة الغراء.

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن قانون تســـبيب الأحكام فى قانون المرافعات والإجراءات الجنائية ومبادئ وحكمة النقض المســـتقرة إعمالاً لنصـــوص هذين القانونية تتفق فى كثير منها مع ما تقضـــى بها القواعد الفقهية الشـــرعية بل وأكثرت محكمة النقض وكذا المحكمة الدســتورية العليا من تدبيج أحكامها بكثير من القواعد الأصولية بل والفروعية الفقهية أيضاً.

- **<u>القاعدة الفقهية كدليل يستنبط منه الحكم :</u>**

عرفنا وظيفة هذه القواعد وفائدة دراستها ، فهل يا ترى يسوغ لنا أن نجعلها دليلاً من أدلة الشرع نحتج به، ونستنبط منه الأحكام ؟

هذا ســؤال ليس بعيداً أن يدور بخلد بعض من يبحث عن مكانة القواعد فى الفقه الإسلامى ، فيمكن أن يستمد جوابه من النصوص التالية:

يقول إمام الحرمين الجوينى فى كتابه "الغيثانى" بمناســـبة إيراد قاعدتى "الإباحة وبراءة الذمة"، وغرضـــى بإيرادهما تنبيه القرائح ... ولســت أقصــد الاستدلال بهما.

وينقل الحموى عن "الفوائد الزينية" لابن نجيم: أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط، لأنها ليست كلية بل أغلبية ... ".

وجاء فى شرح المجلة للعلامة على حيدر: "فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد".

فانطلاقاً من هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات، وربما كانت المسألة التى يراد حكمها من المسائل المستثناة. إذا لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد،

ولا ينبغى تخريج الفروع عليها. كما أشــار إلى ذلك العلامة ابن نجيم فيما ذكره الحموى نقلاً عنه.

وقد يقال إن هذا الكلام ليس على إطلاقه، فإن هناك بعض القواعد الأساسية التى هى مبنية على أدلة من الكتاب والسنة المطهرة، وواضحة الأخذ منهما مثلاً "اليقين لا يزول بالشــك"، "الضــرر يزال"، "العادة محكمة"، فلا مانع من الاحتكام إليه، والاســتنباط منه، فهى بمثابة الأدلة أو "تشــبه الأدلة" فى تعبير العلامة البنانى الأصــولى، وكما ينم عن ذلك بعض الترجيحات للفقهاء، فعلى سبيل المثال نقدم هنا النص التالى من "المجموع" للنووى، رحمه الله . قال تحت عنوان "فرع" : " لا فرق عند أحمد بين أكل لحم الإبل مطبوخاً، ونيئاً، ومشوياً، ففى كله الوضــوء. وكذا قولنا القديم. ولأحمد رواية: "أنه يجب الوضــوء من شــرب لبن الإبل". ولا أعلم أحداً وافقه عليها، ومذهبنا ومذهب العلماء كافة: لا وضوء من لبنها.

واحتج أصــحاب أحمد بحديث عن أسـيد بن حضـير، رضــى الله عنه، أن النبى، صـلى الله عليه وسلم، قال: " لا توضـؤوا من ألبان الغنم، وتوضـؤوا من ألبان الإبل ". رواه ابن ماجه بإسـناد ضـعيف: فلا حجة فيه؛ ودليلنا أن الأصـل الطهارة ولم يثبت ناقض.

فهنا عند أول النظر فى هذا الترجيح يتراءى لنا أن الإمام النووى استند إلى القاعدة المشــهورة: " الأصـل بقاء ما كان على ما كان"، وقدمها على الحديث الضعيف. فأقول رفعاً لهذا الاحتمال أنه صح هذا الترجيح، بعد النظر والموازنة بين أدلة الفريقين، الشافعية والحنابلة، ليس من المستطاع أن نصرح بأنه استند هنا إلى قاعدة فقهية، بل رجع إلى دليل أصــولى: وهو الاســتصــحاب المعتبر عندهم.

فالقاعدة باعتبارها قاعدة فقهية، لا تصــلح أن تكون دليلاً، اللهم إلا إذا كانت لبعض القواعد صــفة أخرى، وهى كونها معبرة عن دليل أصــولى، أو كونها حديثاً ثابتاً مستقلاً مثل "لا ضرر ولا ضرار"، "الخراج بالضمان"، "البينة على المدعى واليمين على ما أنكر". فحينئذ يمكن الاســتناد إليها فى استنباط الحكم وإصدار الفتوى وإلزام القضاء بناء عليها.

وينبغى أن يبين هنا أن عدم جواز استناد القاضى أو المفتى إلى إحدى القواعد الفقهية دون وجود دليل آخر يساندها، إنما محله فيما يوجد فيه نص فقهى يمكن الاستناد إليه. ويذهب رأى فى الفقه الإسلامى المعاصر أنه إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهى أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التى تشملها، فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها، اللهم إلا إذا قُطع أو ظُن فرق بين ما

اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة[1]. ونحن نرى أن الفتوى أو القضاء فى مثل هذه الحالات إنما يستند إلى الدليل الشرعى الذى ترتكن إليه القاعدة وليس إلى القاعدة ذاتها.

ومن ثم نرى أن القاعدة الفقهية تظل دائماً منبئة ومظهرة للدليل الشرعى الذى تستند إليه. وهذا التحديد والذى يعصم المفتى أو القاضى من الخطأ فى أن يمد حكم القاعدة على حالات محدثة لا تتطابق من جميع الوجوه مع الحالات التى قال بها الفقهاء القدماء عند تقريرهم لقاعدة فقهية ما.

- **مدى أهمية القواعد الفقهية من الوجهتين العلمية والعملية فى القضاء والفقه الإسلامى :**

ولذلك ظلت هذه القواعد مسلمة ومحل عناية واعتبار لدى فقهاء المذاهب الشهيرة، حتى رسخت مكانتها بعد أن دونت، وجرى ما جرى من التشذيب والتنقيح فى صيغها. وهذه العناية الخاصة من الفقهاء بالقواعد يرجع إلى ما عرفوه من عظيم أثرها فى تفتيح المدارك وتربية الملكات الفقهية، وإعانة القضاة والمفتين فى التوصل إلى مبتغاهم فيما يعرض عليهم من أقضية ومسائل، وهذا ما يشير إليه العلامة قطب الدين السنباطى (٧٢٢هـ) بقوله: "إن الفقه معرفة النظائر"[2].

ومن الجدير بأن أورد هنا بعض ما وقفت عليه من النصوص التى توضح مدى أهمية القواعد وتبين وظيفتها.

قال الإمام القرافى مشيداً بهذا الموضوع: " وهذه القواعد مهمة فى الفقه، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف... ومن يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية : تناقصت عليه الفروع واختلفت ... ومن ضبط

---

١ انظر فى تفصيل هذه المسألة والأمثلة التى سقناها بتصرف فى المتن من أقول الفقهاء وعلماء الأصول رسالة الدكتور / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٠ وما بعدها .

٢ هو محمد بن عبد الصمد بن عبد القادر السنباطى المصرى الشافعى الملقب بقطب الدين، المكنى بأبى عبد الله، ولد سنة ثلاث وخمسين وستمائة ، سمع من الدمياطى وغيره . وكان إماماً حافظاً للمذهب، عارفاً بالأصول، ديناً متواضعاً، من مصنفاته : استدراكات على "تصحيح التنبيه" للنووى، واختصر قطعة من "الروضة". انظر: ابن العماد : **شذرات الذهب** ، الجزء السادس ، ص ٥٧ .

الفقه بقواعده اســتغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب"[1].

وإلى بعض تلك المعانى نبه الإمام أبو عبد الله محمد بن على بن عمر المازرى المالكى ٥٣٦هـــ، رحمه الله، فى "المعلم" عقب ذكره قاعدة: "لا تستباح الفروج بالشك" إذ يقول: " فأضبط هذا، فإنه من أسرار العلم ، وإليه ينحصر جميع ما قاله العلماء المتقدمون فى هذه المسائل، وبه تضبط مسائل الفتوى فى هذا الفن"[2]. كما ركز على الاعتناء بالأصول الضابطة فى موضع آخر بقوله: " فاحتفظ بهذا الأصل ، فإنه من مذهبات العلم "[3].

وقال العلامة الزركشى: "إن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة فى القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها وأدعى لضبطها".

ونوه بها السيوطى فى "الأشباه"، قائلاً: "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر فى فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج لمعرفة أحكام المسائل التى ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التى لا تنقضى على مر الزمان "[4].

وجاء فى مقدمة "درر الحكام" : " أن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية. كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة. وتلك القواعد مسلمة معتبرة فى الكتب الفقهية ، تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها فى بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس، ويكون وسيلة لتقررها فى الأذهان"[5].

ويبين الأستاذ مصطفى الزرقا مهمة هذه القواعد بقوله: "... فإن فى هذه القواعد تصويراً بارعاً، وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط، تبين فى كل

---

١ الإمام / القرافى المالكى : **الفروق** ، الجزء الأول ، ص ٣ .

٢ **المعلم بفوائد مسلم** ، تحقيق محمد الشاذلى النيفر: الجزء الثانى ، ص ١٩٥.

٣ **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢٤١.

٤ **الأشباه والنظائر** ، تحقيق وتقديم محمد قطيع الحافظ، الطبعة الأولى ، دمشق ، دار الفكر .مقدمة الأشباه والنظائر ، ص٦.

٥ الشيخ / على حيدر :**درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، الجزء الأول أربعة أجزاء، ترجمة فهمى الحسينى ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت ، ص ١٥.

زمرة من هذه الفروق وحدة المناط، وجهة الارتباط، برابطة جمعها، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابه"[1].

ومن خلال هذه النصوص والنظرات حول القواعد الفقهية نستطيع أن نخلص إلى النقاط التالية:

١- إن هذه القواعد كان لها دوراً ملحوظاً فى تيسير الفقه الإسلامى، ولم شعثه، بحيث تنتظم الفروع الكثيرة فى سلك واحد متسق تحت قاعدة واحدة. " لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام فروعاً مشتتة ، قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها فى الأفكار"[2].

٢- دراستها تساعد على الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة، بحيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام.

٣- تربى فى الباحث الملكة الفقهية ، وتجعله قادراً على الإلحاق والتخريج لمعرفة الأحكام ، التى ليست بمسطورة فى الفقه، حسب قواعد مذهب إمامه.

٤- تيسر للباحثين تتبع جزئيات الأحكام، واستخراجها من موضوعاتها المختلفة، وحصرها فى موضوع واحد مع مراعاة الاستثناء من كل قاعدة. وبذلك يتفادى التناقض فى الأحكام المتشابهة.

٥- إن ربط الأحكام المبعثرة فى خيط واحد يدل على أن هذه الأحكام جاءت لتحقيق المصالح المتقاربة أو لتحقيق مصلحة أكبر.

٦- إن الإلمام بالقواعد أمر مقدور، يمهد الطريق للإلمام بفروع الفقه المنتشر، فهو إذا قال: أن العبرة فى العقود بالمعانى أغناه ذلك مثلاً عن أن يقول: "إن البيع بكل ما يدل على ملك الأعيان بعوض"، و"الإجارة تنعقد بكل ما يدل على ملك العين بلا عوض"، وإذا قال : "من أتلف شيئاً فعليه ضمانه"، فإنه أغناه ذلك عن إيراد جزئيات كثيرة مما يتحقق فيه الإتلاف والضمان[3].

---

١ الشيخ / مصطفى أحمد الزرقا : **الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد** ، الجزء الثانى ، المدخل الفقهى العام ، مطبعة دمشق ، ١٩٥٩، ص ٩٤٣.

٢ **المرجع السابق** مباشرة ، الجزء الثانى ، ص ٩٤٣.

٣ د / محمد سلام مدكور : **تقديمه لتخريج الفروع على الأصول للزنجانى** ، تحقيق د / محمد أديب صالح ، الطبعة الأولى ، ص٣٥،٣٤.

غير أننا نرى أن تلك القواعد قد تشابكت وتداخلت، وأصبح تمييز الأصولى منها من المتعلق بالفروع، والكلى من الجزئى، والموضوعى من الإجرائى، واللغوى من المنطقى يختص به، أى بهذا التمييز، خاصة العلماء الأمر الذى لا نرى معه بد ولا نجد فيه خطأ أن يطلق عليها جميعاً القواعد الفقهية، حفاظاً على نسبتها بصفة عامة إلى الشريعة وعلمائها.

وفيما يعد سيراً فى هذا الاتجاه فقد درج جانب كبير من فقهاء الشريعة المعاصرين على استخدام مصطلح القواعد الفقهية على كافة أنواع القواعد الشرعية الأصولية واللغوية ، أو تلك المتعلقة بالفروع[1].

---

١ - د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٢٠ وما بعدها .

- د / مصطفى أحمد الزرقا : **المرجع السابق** ، ص ٢٢٣.

- د / البنجواتى : **الفرائد البهية** ، ص ٥٥٢ .

المبحث الرابع

القـواعد الفقهـية

ومحاولات الاستفادة منها فى الفقه والقضاء

هذا المبحث يتناول القواعد الفقهية ومدى الاعتماد عليها فى الفقه والقضـاء من خلال اسـتعراض أولاً: أمثلة على قواعد فقهية يمكن الاسـتفادة منها فى التفسير القضائى وبخاصة الجنائى، ثانياً: أمثـلـة القواعـد المستشهـد بهـا فى كتب القضاء الشرعى وتاريخ القضاء وأدب القاضى، وكيفية الاستفادة منها فى القضاء الجنائى المعاصر .

على الرغم من عدم صلاحية معظم هذه القواعد من حيث الاستدلال بها فى الإفتاء والقضاء، ينبغى لمن ينصب نفسه للقضاء والفتيا أن يكون ملماً بها قادراً عليها، حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية والقضـائية. وكانت موارد اسـتعمال القواعد سـواء فى باب الإفتاء أو القضـاء مقصـورة على دعم رأى من الآراء الفقهية أو القضائية عند استنباطه والحكم به.

ومن هنا اتجهت عناية المفتين والقضـاة أو المؤلفين فى هذه الموضـوعات أن يذكروا هذه القواعد ويقرنوها بفتاواهم أو قضـاياهم. وفى كلام القرافى، رحمه الله، إيحاء إلى هذا الجانب إذ يقول: " فإن القواعد ليسـت مسـتوعبة فى أصـول الفقه، بل للشـريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والقضـاء لا توجد فى كتب أصول الفقه أصلاً "[1].

- **محاولات فقهية معاصرة لإحياء استعمال القواعد الفقهية فى الدراسات القانونية[2]:**

---

[1] الإمام / القرافى المالكى : **المرجع السـابق** ، الجزء الثانى ، ص ١١٠. مشـار إليها فى كتاب المؤلف د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٣ .

[2] من أهم وأجمع البحوث المعاصرة حول القواعد الفقهية مؤلفات أستاذنا الدكتور/ على جمعة أستاذ أصول الفقه بجامعة الأزهر ، ولسيادته مقال قيم عن القواعد الفقهية منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون ، السنة ٧ ، عدد رقم ٧.

١- تظهر أوجه الاستفادة من القواعد الفقهية فى دراسات القانون الخاص منذ تدوين المجلة العدلية الســابق الحديث عنها، فمنذ ذلك التاريخ توالت الشــروح الفقهية لمجلة الأحكام العدلية، ومن أكبر هذه الشــروح وأجلها الشرح المسمى بـــ **"درر الحكام شرح مجلة الأحكام"** للأستاذ على حيدر رئيس محكمة التمييز العثمانية، رحمه الله[١]. وقد تعهد كثير من فقهاء القانون المدنى باســتعمال القواعد الفقهية فى مؤلفاتهم فى ثنايا المســائل والموضــوعات المختلفة. وأبرز مثال على ذلك مؤلف **"الوســيط فى القانون المدنى"** للعلامة عبد الرزاق الســنهورى، رحمه الله. وأما أبرز من خص القواعد الفقهية بدراسات بعينها فى الفقه القانونى المعاصر فهو الدكتور مصــطفى الزرقا فى مؤلفه القيم **"المدخل الفقهى العام"**. ولا ننسى فى هذا المجال مؤلفات الأستاذ صبحى المحمصانى التى أكثر فيها من اســتخدام القواعد الفقهية فى مباحث الدراســات القانونية بشــكلها المعاصر[٢].

٢- وأما الاجتهادات الفقهية المعاصــرة للاســتفادة من علم القواعد الفقهية فى مجال القانون الجنائى. فما زال قليلاً إذا ما قورنت بدراســات القانون المدنى وقانون الأحوال الشخصية التى تعج بالقواعد الفقهية واستعمالها. وخير مثال على اســتعمال القواعد الفقهية فى إطار الدراســات القانونية المعاصرة فى المجال الجنائى هى مؤلفات كل من الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض والأستاذ الدكتور محمد سليم العوا، وأعتقد أن لهما السبق فى هذا المجال وأنى فى هذه الدراســة أحاول أن أبنى على ما أرســياه سيادتهما فى هذا المضمار[٣].

---

١ الأســتاذ / على حيدر : **درر الحكام شــرح مجلة الأحكام** ، أربعة أجزاء ، ترجمة الأســتاذ / فهمى الحسـينى ، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت ص ١٨٩.

[٢] الأستاذ / صبحى المحمصانى : **فلسفة التشريع الإسلامى** ، الطبعة الخامسة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ٢٢٣.

الأستاذ / صبحى المحمصانى : **النظرية العامة للموجبات والعقود** ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٠ .

[٣] – د / عوض محمد عوض : **دراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى** ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ١٤٢.

– د /عوض محمد عوض : **الجانى والمجنى عليه فى جريمة المواقعة** ، بنى غازى ، بدون تاريخ ، ص ٢٣٦.

– د /محمد سـليم العوا : مبدأ الشـرعية فى القانون الجنائى المقارن ، **المجلة العربية للدفاع الاجتماعى** ، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة ، العدد السابع ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٢١.

٣- لما كانت القواعد الفقهية تتعرض فى جانب هام منها إلى معانى فلسفية عامة تتعلق بروح التشريع الإسلامى ومقاصده العليا ومدلول المصلحة العامة المعتبرة فى هذا التشريع الجديد ، فقد وجدت الدراسات الفلسفية فى القانون الجنائى الإسلامى ضالتها فى هذه القواعد العامرة بالمفاهيم العامة والكليات. من ذلك ما نجده فى بحث قيم لأحد فقهاء القانون الجنائى فى مصر يذهب فيه إلى أن الدراسات الفلسفية للأحكام الجنائية الإسلامية فى مجموعها هى التى تعمل حساباً لاعتبارات التطور الاجتماعى والسياسى والدولى من خلال الزمن الطويل الذى مضى منذ عهد المذاهب الكبرى فى العصر الزاهر لدار الإسلام. وتهدى إلى الصيغة التى تسمح بتقنين غالبية الأحكام الجنائية الإسلامية فى صلب مدوناتنا العقابية الحديثة، وفى ظل نظمنا الاجتماعية والسياسية والدولية الراهنة بما يرضى الدين والدنيا وروح العصر جميعاً. وإذا كانت بلادنا العربية مقبلة بلا شك على ثورة تشريعية كبرى هدفها بعث الأحكام الإسلامية الأساسية فى المجال الجنائى، فليس أوجب على علماء القانون بعامة والقانون الجنائى بخاصة، من أن يتجهوا إلى المنابع الثرة للفقه الإسلامى يتزودون منها بزاد لا يهيئ لهم فقط أن يكونوا على مستوى هذه التغييرات التشريعية الوشيكة الحدوث بل يهيئ لهم أيضاً الإسهام فى إحداثها[1].

٤- إن الاستفادة بعلم القواعد الفقهية فى مجال تفسير النصوص القانونية خاصة فى المجال الجنائى قد اتضحت معالمه على يد نخبة من أساتذة القانون عكفوا على الربط العلمى الدقيق بين نظرية التفسير القانون الوضعى ونظرية التفسير فى الشريعة الإسلامية، ونجحوا فى إحداث الدمج العلمى الذى يمكن أن يستفيد منه الفقيه والقاضى المعاصر فى

– د /محمد سليم العوا : **خطة مقترحة لتوحيد التشريعات الجنائية العربية** ، **ورقة عمل أعدت بتكليف من المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة للعرض على المؤتمر الثانى لوزراء العدل العرب**، ١٩٧٩، ص ١٢٧ .

– د /محمد سليم العوا : **فى أصول النظام الجنائى الإسلامى** ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٤٥.

[1] د/ على راشد : أهمية الدراسات الفلسفية فى القانون الجنائى ، **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** ، السنة ١٥ ، العدد الأول ، يناير ١٩٧٣ ، ص ٢٣.

– د /محمد سليم العوا : **النظام السياسى للدولة الإسلامية** ، الطبعة الثالثة ، المكتب المصرى الحديث، القاهرة ، ١٩٧٩ ، مقدمة الكتاب . وقد أشار سيادته إلى هذه المسألة فى كتابه " **تفسير النصوص الجنائية** "، ص ١١٣ .

تطبيق مستنير وصحيح لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء فى كافة جوانب الحياة القانونية. حينما يوفق ولاة الأمر إلى الإذن بذلك. تعتبر دراسة الأستاذ محمد أديب صالح فى الستينات ، والدكتور محمد شريف أحمد، والأستاذ الدكتور محمد صبرى السعدى فى السبعينيات الأسس التى تبنت الأسس التى قامت عليها الدراسات الفقهية القانونية المعاصرة فى هذا المجال. ثم جاءت الدراسة القيمة للأستاذ محمد سليم العوا فى الثمانينات[1]، والتى تعتبر مرتكزنا العلمى لهذا الجزء من دراستنا هذه، لتتوج من وجهة نظرى هذا الاتجاه العلمى الذى يحاول الاستفادة من بحوث نظرية التفسير فى الشريعة الإسلامية بصفة عامة وعلم القواعد الفقهية بصفة خاصة فى مجال الدراسات القانونية الجنائية المعاصرة. وفى هذا المجال يقول سيادته "لقد بينا دور القواعد الفقهية فى تحديد منهج الفقه الإسلامى فى التفسير. واستعرضنا عدداً من هذه القواعد وناقشنا تطبيقاتها فى المجال الجنائى. وليست هذه القواعد التى عرضناها هى كل القواعد الفقهية المتصلة بالتفسير اللغوى. ولا هى كل القواعد التى يذكر الفقهاء لها تطبيقات جنائية. إذ لم يكن هدفنا هو استقصاء تلك القواعد، وإنما أردنا فقط التنبيه عليها وعلى أهمية العناية بها فى فهم نظرة الفقه الإسلامى إلى تفسير النصوص الجنائية من جهة، وفى وصل الدراسات الجنائية الإسلامية بدراسة القانون الجنائى المطبق فى بلادنا العربية والإسلامية من جهة أخرى "[2].

ومن أوجه الاستفادة الجديدة والطريفة لعلم القواعد الفقهية فى الدراسات القانونية المعاصرة البحث الذى كتبه الأستاذ الدكتور جلال العدوى، وأشار فيه إلى أهمية القواعد الفقهية فى ترجيح ما يجب تحقيقه وتقديمه من المصالح، وما يتعين إهماله من هذه المصالح فى العلاقات بين الأفراد والمجتمعات داخل المجتمع. ورغم أن سيادته لم يفصل طريقة الاستفادة من القواعد الفقهية فى ترتيب المصالح من حيث مدى اعتبارها وأهميتها وترجيحها إلا أن إشارته المذكورة تعد سبقاً فى توجيه نظر الباحثين إلى أهمية القواعد الفقهية فى هذا المضمار. وقد بنى على هذا الاجتهاد موقفه كفقيه إسلامى معاصر من المذهبين الفردى والاجتماعى الذين يسودان الأنظمة القانونية والمذاهب الفلسفية المعاصرة. وباستخدام القواعد الفقهية التشريعية استطاع هذا الفقيه أن يصل بنا إلى تصور سليم لروح النظام القانونى الإسلامى ومنطقه وغايته وأهدافه . فقرر سيادته بحق فى هذا البحث القيم إلى سبق الفقه الإسلامى فى حل مشكلة التنازع

---

[1] انظر قائمة المراجع فى نهاية هذه الدراسة.

[2] د /محمد سليم العوا : **تفسير النصوص الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١١٤.

بين الفردية والجماعية والتأكيد على أن غاية النظام القانونى الإسـلامى تحقيق مصالح العباد ، بمعنى تحقيق مصلحة المجتمع لكن باعتباره (مجموع أفراده)[١]. ويذكرنا هذا الاجتهاد بفقه المصالح ونظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى مليئة بأوجه الاستدلال بالقواعد الفقهية من لدن ما كتبه الإمام الشاطبى فى كتابه الخالد "الموافقات" وحتى الدراسات الفقهية المعاصرة مثل رسالة الدكتور حسين حامد فى المصلحة فى الفقه الإسلامى[٢].

- **أمثلة تطبيقية لكيفية تخريج المسـائل القانونية المحدثة على القواعد الفقهية المستقرة:**

- **القواعد الفقهية واستعمالها فى نطاق علم التفسير:**

بادئ ذى بدء وكما قال الإمام القرطبى "إن من بركة العلم وتمام الانتفاع به أن ينسب العلم إلى قائله"[٣]، فإننى أبدأ فى هذا الجزء بسرد، فيه تصرف يسير، لما ساقه الأستاذ الجليل محمد سليم العوا من اجتهادات جديدة فى استخدام القواعد الفقهية فى مجال تفسير النصوص الجنائية. ثم أثنى عليها باجتهادات جديدة لنا بالقدر الذى يناسب هذه الدراسة .

وبمراجعة مصادر الفقه الإسلامى تبين لنا وجود أمثلة عديدة على استخدام القضاة فى الدولة الإسلامية فى شتى الأزمان للقواعد الفقهية فى تسبيب أحكامهم، وتدبيج الفقهاء لفتاويهم الشرعية بكثير من القواعد الفقهية على سبيل الاستدلال بها. ويبين لنا مدى أهمية وضرورة هذه القواعد للقاضى والفقيه الآن من أجل ضمان تطبيق سديد وإعمال صحيح لأحكام الشريعة الغراء. ونحن نعرض طائفة من هذه القواعد مصحوبة باجتهادنا واجتهادات غيرنا من الفقهاء الرامية إلى إحياء وبعث هذا العلم النفيس وجعله فى صورة صالحة للإعمال من خلال النَظم والشكل المعاصر للأبحاث والدراسات القانونية .

وتجدر الإشارة مبدئياً إلى صحة ما انتهى إليه بعض الفقه الأصولى المعاصر من أن القواعد الفقهية ذات الصلة بمناهج التفسير بعضها وثيق الصلة بالقانون الإجرائى مثل قاعدتى "الأصل البراءة"، و"ما ثبت باليقين لا يزول بالشك". والبعض الآخر من هذه القواعد الفقهية أوثق صلة بنصوص القانون

---

[١] د / جلال العدوى : القانون والاجتماع الإنسانى ، **مجلة كلية الحقوق** ، جامعة الإسكندرية ، السنة ١٥ ، العددان الثالث والرابع ، ١٩٧٠ ، ص ١٤٧ ، ١٥١ .

[٢] د / حسين حامد : **نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ .

[٣] الإمام/ عبد الله محمد بين أحمد الأنصارى القرطبى : **المرجع السابق** ، الصفحة الأولى.

الجنائى الموضوعى منه بالقانون الإجرائى مثل قاعدة "الأمور بمقاصدها"، وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعى دفع أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما". ونوالى بعضاً من هذه القواعد النفيسة بالعرض طبقاً للأسلوب السابق الإشارة إليه.

حرى بنا أن نقدم بعض النماذج من كتب الفتاوى وكتب القضاء، وذلك لمعرفة أهمية هذه القواعد وكيفية تناولها واستعمالها فى الفقه العملى، وفى مجالات تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. وقد شملت كتب الفتيا والقضاء الناحية التطبيقية، وتكفلت بالإجابة عن أحكام الحوادث. ومن المعلوم أن الفقه مادة حية غذاؤها: التطبيق العملى، ولو اقتصر الأمر فيه على المنطق المحض، ولم يلامس الحاجات العملية، لكان علماً نظرياً[1].

ولذا إذا تقصيت المؤلفات التى استقلت ببيان الفتاوى أو تعرضت لها، ألفيت فيها أمثلة مبعثرة كثيرة من القواعد الفقهية، والرجوع إليها فى الإفتاء والقضاء عند ترجيح قول من بين الأقوال المتعددة فى المذهب وتقريره كقول يفتى به ويعول عليه. كما تجد هذه الظاهرة فى فقه المذاهب الأربعة المشهورة. ولا يهمنى هنا تقصى الأمثلة من سائر المذاهب، إنما أتوخى ذكر بعض النماذج من الفتاوى التى جرى فيها استعمال هذه القواعد. والمقصود من هذه الأمثلة إبراز هذا العلم ، وبيان أهميته فى الفقه الإسلامى من جوانب متعددة. والدور الذى يمكن أن يضطلع به علم القواعد الفقهية فى تطبيق مستنير للشريعة الغراء فى شتى البلدان العربية ومن بينها مصر المحروسة.

أولاً : أمثلة على قواعد فقهية يمكن الاستفادة منها فى التفسير القضائى وبخاصة الجنائى :

١- إذا اجتمع ما يوجب الحل والحرمة فى ذات واحدة فتترجح الحرمة:

قال الإمام قاضيخان: "لو أضاف النكاح إلى نصف المرأة، فيه روايتان، والصحيح أنه لا يصح لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة فى ذات واحدة، فتترجح الحرمة"[2]. ونلمس فى هذا المثال ما ألمحنا إليه فإنه عندما رجح رواية فى المذهب واختار إحداهما على الأخرى، استند إلى قاعدة فقهية مستندة إلى أصل الترجيح بين الدليلين. فإنه إذا اجتمع دليل محرم وآخر مباح، ترجح المحرم على المباح.

---

[1] د / عبد الرازق السنهورى : **عقد الإيجار**، بيروت ، مقدمة الكتاب .

[2] **الفتاوى الخانية** ، مشار إليها فى مؤلف على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص٣٣٤ ، ٣٣٥ .

ونحن نرى أن هذا مخالف لأحكام النقض التى تبرئ ساحة الشريك فى الزنا حالة تنازل الزوج عن شكواه قبل الفاعلة. وتفصيل ذلك كما يلى:

من المقرر أنه فى جريمة زنا الزوجة إذا تنازل الزوج عن شكواه ضد زوجته استفاد من ذلك الشريك حتماً، ولو لم يذكر الشريك على أنه من مقصود هذه الاستفادة، ومن ثم فلا تقبل رغبة الزوج فى أن تسير الدعوة ضد الشريك وحده، ذلك أنه "إذا أمحت جريمة الزوجة، وزالت آثارها لسبب من الأسباب، وقبل صدور حكم نهائى على الشريك، فإن التلازم الزمنى يقتضى محو جريمة الشريك أيضاً، لأنه لا يتصور قيامها مع انعدام ذلك الجانب الخاص بالزوجة، وإلا كان الحكم على الشريك تأثيماً غير مباشر للزوجة التى غدت بمنأى عن شبهة الإجرام "[1]. ومن ثم ندعو المحكمة العليا إلى العدول عن هذا القضاء المنتقد من جمهور الفقه. فضلاً عن مخالفة هذا القضاء للقاعدة المذكورة ، فهناك مغالطة منطقية وقعت فيها محكمتنا الموقرة حين افترضت أن الزوجة قد غدت بمنأى عن شبهة التجريم وهذا غير صحيح. بل كل ما فى الأمر أن الزوجة فى الفرض المعروض تكون بمنأى عن الملاحقة الجنائية لاعتبارات قدرها الشارع الوضعى.

ويبدو لنا من العرض السابق إمكان استخدام القاعدة الفقهية التى نحن بصددها فى إطار التفسير. إذ أن صياغة النص تتحمل الوجهين من التفسير، وتقوم القاعدة الفقهية بترجيح الوجه التفسيرى المناوئ للمبدأ السالف الذى تسير عليه محكمة النقض . والجدير بالذكر هنا أن عدول المحكمة وأخذها بالتفسير المتفق مع مقتضى القاعدة الفقهية أمر لا يحتاج إلى تعديل تشريعى، ولكن إلى جهد قضائى واجتهاد فقهى. وتتضح من هذا المثال الفكرة التى نود تسليط الضوء عليها ألا وهى مراجعة المبادئ القانونية والآراء الفقهية المعاصرة،

---

[1] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية ، القسم العام** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨، ص١٣٢.

- نقض إبريل سنة ١٩٣٣، **مجموعة القواعد القانونية** ، ج٣ ، رقم ١٠٥ ، ص ١٥٨.
- نقض ٣١ مايو سنة ١٩٧١، **مجموعة أحكام محكمة النقض** ، س ٢٢ ، رقم ١٠٢ ، ص ٤٢٧ .
- نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٧٨، **مجموعة أحكام محكمة النقض** ، س ٢٩ ، رقم ٩٨ ، ص ٥٢٧ .
- نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٠، **مجموعة أحكام محكمة النقض** ، س ٣١ ، رقم ١٩٢ ، ص ٩٩٥ .

مراجعة "شـــرعية" إذا جاز التعبير واســـتجلاب الدليل االشـــرعى المؤيد أو المعارض لها. وقد فصلنا مقترحنا هذا فى الباب الأول من هذه الدراسة.

٢- شهادة الإنسان فيما باشره مردودة بالإجماع :

ومما جاء أنه : "سواء باشره لنفسه، أو لغيره، وهو خصم فى ذلك أو لم يكن ؛ فلا تجوز شهادة الوكيل بالنكاح". "شهادة المجنى عليه لنفسه فى جرائم الحدود غير ذات أهمية"[١].

ونجد مضمون هذه القاعدة الفقهية الموجزة البليغة مستقر فى مبادئ محكمة النقض، وفى آراء فقهاء القانون الجنائى المعاصرين على النحو التالى:

وهناك حالات وتطبيقات كثيرة لهذه القاعدة الفقهية فى محيط القانون الجنائى وتجتمع هذه الحالات فى مبدأ عام هو عدم جواز أن يكون الشاهد ذا صفة تفرض عليه التزامات تتعارض مع واجباته كشاهد ، وتخل تبعاً لذلك بالثقة التى يجب أن تتوفر لشهادته، أى أن جوهر هذه الحالات هو "تعارض بين الصفات"[٢]، ينبع عنه تعارض مع الواجبات، يستتبع بالتالى ضعف الثقة فى حسن أداء بعض هذه الواجبات أو كلها.

وقاضى الموضوع هو المنوط باستظهار هذه الحالات فى ضوء المبدأ السابق ، ونورد فيما يلى أهمها :

- **لا يجوز أن يكون القاضى شاهداً فى الدعوى التى ينظر فيها: فالقاضى يتعين ألا يكون له رأى مسبق فى الدعوى، ولا يجوز له أن يقضى بمعلوماته الشخصية، أما الشاهد فيمثل جانب الإثبات أو النفى ولديه معلومات هى موضوع شهادته.**
- **لا يجوز أن يكون عضو النيابة العامة الذى يمثلها فى الجلسة شاهداً، خاصة وأنه وقت أدائه الشهادة يشغر مكان النيابة فيبطل تشكيل المحكمة[٣].**

---

[١] **الفتاوى الخانية** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٣٣.

[٢] – نقض ٢ فبراير سنة ١٩٦٠ ، **مجموعة أحكام محكمة النقض** ، س ١١ ، رقم ٢٦ ، ص ١٢٨ .

– نقض ٧ مارس سنة ١٩٦١ ، **مجموعة أحكام محكمة النقض** ، س ١٢ ، رقم ٦٢ ، ص ٣٢٤ .

[٣] الأســتاذ / على زكى العرابى : **المرجع الســابق** ، الجزء الثانى ، رقم ١٠٠٢ ، ص ٥٠٢ ، ويقرر ســيادته أنه فى هذه الحالة ، أى إذا وجد كاتب يحل محله فشـــهادته مع ذلك غير جائزة ، ولكن لا تعارض بين وظيفة المحضـــر وصفة الشاهد .

- لا يجوز أن يكون كاتب المحكمة شاهداً: إذ تضعف الثقة فى دقة تدوينه لشهادته ، وحينما يؤدى الشهادة يخلو مكان الكاتب، ما لم يكن كاتب آخر يحل محله. والأصل أنه لا تقبل شهادة متهم على متهم آخر بذات الجريمة، ذلك أن له مصلحة فى أن يفصل فى الدعوى على نحو معين، و هذه المصلحة تضم شهادته بالميل ، وتضعف بالتالى من الثقة فيها، ولكن من كان متهماً ثم زالت عنه هذه الصفة لصدور قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى ضده، أو لصدور حكم بات فى شأنه أو لاستفادته من مانع تقبل شهادته فى الدعوى[1].

ويعد من الاستثناءات على القاعدة المذكورة ما يلى :

١- قضى بأنه "لا مانع قانوناً يمنع ضابط المباحث من أن يكون شاهداً لدى المحكمة على عمل قام به ، وقدم عنه تقريراً لسلطة التحقيق، ولا مانع من قبول المحكمة شهادته لا على سبيل الاستدلال فقط بل مع الحلف. ثم تقديرها بما تستحق والاستناد إليها فى تكوين عقيدتها"[2]، ويستخلص من هذا القضاء جواز الجمع بين صفتى الشاهد والمحقق ، طالما أن المحقق ليس هو الذى يمثل النيابة فى جلسة المحاكمة .

٢- يجوز أن يكون المجنى عليه شاهداً، فهو ليس خصماً للمتهم، وليس طرفاً فى الدعوى الجنائية، وقد يكون أهم شاهد فيها، ويجوز أن يكون المدعى المدنى شاهداً، ذلك أن خصومته للمتهم تقتصر على الدعوى المدنية، وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٨ من قانون الإجراءات الجنائية فقالت: "يسمع المدعى بالحقوق المدنية كشاهد ويحلف اليمين".

جاء فى تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الشيوخ التشريعية على هذه المادة أنه "لا داعى للتفرقة بين المجنى عليه الذى لم يدع مدنياً والذى يحلف اليمين، وبين المجنى عليه الذى ادعى مدنياً، وأنه "ما دام أنه يسمع كشاهد، وأن شهادته يجوز الأخذ بها وبناء الحكم عليها، فيجب إحاطتها بكل الضمانات التى تضمن صحتها، وأولها اليمين ليكون معرضاً للحكم عليه بشهادة الزور إذا قرر غير الصدق، ولا محل للقول بأن مصلحته تتعارض مع تعريضه للعقاب، وكل

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٥٠٤ .

[2] نقض ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٨ **مجموعة القواعد القانونية** ، ج١ ، رقم ١٠ ، ص ١٨

شـاهد يجب أن يحلف اليمين، والمجنى عليه، وهو أول شـخص له مصلحة ومع ذلك فإنه يحلف اليمين "[1].

ولكن هل هذه الاسـتثناءات لها مثيل فى الشـرع الحنيف أم أنها بمخالفتها للقاعدة الفقهية المذكورة تعد غير شـرعية، الأمر يحتاج لبحث خاص. وحسـبنا توجيه النظر إلى أسـلوب المقارنة الذى نقترحه بين المبادئ القانونية، وخاصـة تلك المقررة من محكمة النقض وبين القواعد الفقهية المعبرة عن المبادئ العامة للشريعة الغراء فى شتى فروعها . تلك المقارنة تفضـى إلى استخدام الصيغات الشـرعية، متمثلة فى القواعد الفقهية، فى المتفق معها من مبادئ. ومن ناحية أخرى قد تفضـى المقارنة إلى العدول عن بعض المبادئ القانونية تمهيداً لتحقيق الانسـجام الكامل والتطابق الشـامل بين النظام القانونى وتطبيقاته القضـائية، وأهمها المبادئ التى ترسيها لمحكمة النقض ، وبين الشريعة الغراء.

والجدير بالذكر أن تحقيق هذا " لتمهيد" الضـرورى للتطبيق الشـامل والمستنير للشريعة الغراء هو "عمل قضائى فقهى" لا يحتاج إلى تدخل تشريعى ، فهو مراجعة شـاملة للتراث الفقهى والقضـائى المتراكم عبر المائة عام المنصـرمة، والذى عليه العمل بالمحاكم ويعكف عليه بالدرس والبحث طلاب القانون بالجامعات .

٣- **الدوام على الفعل بمنزلة الإنشاء :**

قال قاضيخان فى باب التعليق من كتاب الطلاق: "رجل قال : كلما قعدت عندك ، فامرأته طالق، فقعد عنده ساعة مستطيلة ، طلقت ثلاثاً، لأن الدوام على القعود، وعلى كل ما يستدام بمنزلة الإنشاء"[2].

لأنه لما علق الطلاق على القعود، وطال القعود. كان بمنزلة ثلاث قعدات، فتطلق بكل قعود واحدة. ونجد ذلك مطبقاً فى أحكام النقض طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجنائية " فى الجرائم المستمرة".

وقد يكون أصلاً شرعياً للجرائم المستمرة، وعدم سقوطها بالتقادم فى حال استمرارها، وترتيب كافة الآثار على ذلك.

فمن المقرر "أن الحكم على المتهم من أجل جريمة مسـتمرة لا يحول دون محاكمته عن هذه الجريمة إذا ما تجددت حالة الاسـتمرار بعد هذا الحكم، وذلك

---

[1] مشار إلى هذه الفقرة من التقرير المذكور بمؤلف الدكتور / محمود نجيب حسنى : **المرجع السابق** ، ص١٣.

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الأول ، ص ٤٧٤.

لأن تدخل إرادة الجانى فى اســتمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة" . وقضت محكمة النقض كذلك " بأنه إذا كان المتهم بعد الحكم ببراءته من جريمة إدارة محل عمومى بدون رخصة قد استمر على الرغم من إلغاء الرخصة التى كانت لديه يدير محله مطعماً عمومياً، فإن المحكمة إذا عاقبته من أجل إدارة هذا المحل بعد الحكم ببراءته لا تكون مخطئة مهما كان سبب البراءة[١].

وفى الجريمة المتتابعة حيث تقع أفعال متعددة متماثلة اعتداء على حق واحد وتنفيذ المشروع إجرامى واحد ، فإن الحكم البات الصادر فى شأن هذه الأفعال يحجب المحاكمة عن غيره من الأفعال الأخرى التى وقعت قبل صدور هذا الحكم ولو كشفت بعده[٢]. وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النقض بأن جريمة البناء بغير ترخيص إن هى إلا الجريمة متتابعة الأفعال متى كانت أعمال البناء متعاقبة متتالية، فإذا صدر الحكم فى أى منها إلا بعد صدور الحكم.

ويلاحظ أنه لا يصح القول بوحدة الغرض فى الأفعال المتتابعة إلا إذا اتحد الحق المعتدى عليه، وأن السبب قد يختلف على الرغم من وحدة الغرض متى كان الاعتداء عليه قد وقع بناء على نشاط إجرامى خاص[٣].

٤- التعليق بشرط كائن تنجيز :

بيان هذه القاعدة أن رجلاً قال : "إن كانت هذه الدار فى ملكى فهى صدقة موقوفة ، فإنه ينظر إن كانت فى ملكه وقت التكلم صح الوقف، وإلا فلا ؛ لأن التعليق بشرط كائن تنجيز "[٤].

نجد هذه القاعدة مطبقة فى أحكام النقض ، وخاصة فى قانون الإجراءات الجنائية ، فى الأحكام المتعلقة بالقيود التى ترد على النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية ، ومن أمثلتها " الحق فى الشكوى " .

---

[١] – د / أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١٨٩ .

– نقض ١٦ إبريل سنة ١٩٤٥ ، **مجموعة القواعد القانونية** ، ج٦ ، رقم ٥٣٣ ، ص ٦٩٧.

– نقض ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ ، **مجموعة الأحكام** ، س٧ ، رقم ١٧ ، ص ٤٦.

[٢]– د / أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١٨٩ .

[٣] – **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

– نقض ٢ مايو سنة ١٩٦٦ ، **مجموعة الأحكام** ، س١٧ ، رقم ٩٧ ، ص ٥٤١.

[٤] – **المرجع السابق** ، (مسائل الشرط فى الوقف) ، الجزء الثالث ، ص ٣٠٥.

– الشيخ / الحمزاوى : **الفوائد البهية** ، ص ٢٣٨.

وقد قالت محكمة النقض فى ذلك " الأصل بأن قيد حرية النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية أمر استثنائى ينبغى عدم التوسع فى تفسيره وقصره على أضيق نطاق، سواء بالنسبة للجريمة التى خصها القانون بضرورة تقديم الشكوى عنها أو بالنسبة إلى شخص المتهم دون الجرائم الأخرى المرتبطة بها، والتى لا تلزم فيها الشكوى[1]. وتطبيقاً لذلك قضت بأن جريمتى البلاغ الكاذب[2]، وجلب المواد المخدرة[3]، لا تتقيد الدعوى الناشئة عنهما بشكوى. ولكنها اعتبرت القيد متحقق فى جريمتى النصب وخيانة الأمانة إذا ارتكبت إحداهما فيما بين الأزواج، أو بين الأصول والفروع، وقد استند هذا القضاء على قياس هاتين الجريمتين على السرقة لتحقق علة القيد فيهما، بالإضافة إلى تماثل هذه الجرائم فى الحق المعتدى عليه والباعث عليه[4].

٥- كلما تعلقت المنفعة باثنين معاً ، بحيث لا تتم منفعة أحدهما إلا بالآخر ، كان تعييب أحدهما تعييباً للآخر :

قال قاضى خان: "لو اشترى مصراعى باب وقبض أحدهما بإذن البائع، وهلك الآخر عند البائع، فإنه يهلك على البائع، وللمشترى أن يرد الآخر إن شاء، لأن المقبوض تعيب بفوات الآخر، فكان له أن يرده، ولا يجعل قبض أحدهما

---

[1] – د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١١٧.
– نقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٩، **مجموعة أحكام النقض** ، س١٠ ، رقم ٢٠٤ ، ص ٩٩٢.
– نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٥، **مجموعة أحكام النقض** ، س١٦ ، رقم ٢٨ ، ص ١٢٤.

[2] – د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١١٧.
– نقض ٨ يونيو سنة ١٩٧٠، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢١ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٨٤٨.
– نقض ٢٦ يناير سنة ١٩٧٦، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٧ ، رقم ٢٦ ، ص ١٣٤.
– نقض ١١ يونيو سنة ١٩٧٨ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٩ ، رقم ١١٢ ، ص ٥٨٧.

[3] – د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١١٧.
– نقض ١٨ أكتوبر سنة ١٩٧٠، **مجموعة أحكام النقض** ، س ٢١ ، رقم ٢٣٤ ، ص ٩٨٥.
– نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٧٣، **مجموعة أحكام النقض** ، س٤٢ ، رقم ٤١ ، ص ١٩٢.
– نقض ٢٩ إبريل سنة ١٩٧٣ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٤ ، رقم ١١٥ ، ص ٥٥٩.

[4] – د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١١٧.
– نقض ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٨، **مجموعة أحكام النقض** ، س٩ ، رقم ٢١٩ ، ص ٨٩١.
– نقض ١٦ يونيو سنة ١٩٧٤، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٥ ، رقم ١٢٧ ، ص ٥٩٦.

كقبضهما. ولو أن المشترى قبض أحدهما، فعيبه، وهلك الآخر عند البائع يهلك على المشترى، لأن المشترى بتعييب المقبوض صار معيباً للآخر، فيصير قابضاً لهما جميعاً، فيكون الهلاك على المشترى؛ وكذا لو اشترى خفين أو نعلين. وكل ما تعلقت المنفعة ببقائها، كان تعييب أحدهما تعييباً للآخر"[1].

فالخيار بالعيب ثابت بالحديث والقاعدة بينت أن العيب فى أحد الشيئين المتلازمين، اللذين لا تتم منفعة أحدهما إلا بالآخر، كالعيب فى الشئ الواحد. ونجد لذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وذلك فى قانون العقوبات، كحالة الارتباط الذى لا يقبل التجزئة " الارتباط البسيط ".

قد يكون أصلاً فى امتداد الإعفاء فى العقاب إلى الجريمة الأخف إذا رأت المحكمة توافره بالنسبة للجريمة الأكبر. وذلك فى الجرائم المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة .

المقصود بالجرائم المرتبطة هى تلك التى تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها فى المادة ٣٢ من قانون العقوبات بأن يكون الفعل الواحد جرائم متعددة، أو انتقى عدة جرائم لغرض واحد، وتكون مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، ويجب على المحكمة اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة الأشد تلك الجرائم .

أما فى أحوال الارتباط البسيط حيث لا تتوافر شروط المادة ٣٢ من قانون العقوبات، فإن ضم الدعاوى المتعددة جوازاً لمحكمة الموضوع[2].

وفى ذلك الصدد استقر قضاء النقض على "أن مناط الارتباط فى حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات هى كون الجرائم المرتبطة قائمة لم يقض فى إحداها بالبراءة. وكانت المحكمة قد خلصت فى منطق سائغ إلى قيام الارتباط بين جريمتى تقليد الأختام والتزوير فى الأوراق الرسمية ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، فقد وجب اعتبارهما جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشدهما، وهى عقوبة التقليد، فإذا أسفر تفحيص المحكمة لدفاع الطاعن عن

---

[1] (فصل ما يرجع بنقصان العيب) ، مشار إليه فى مؤلف د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص٣٣٥ ، ص٣٣٦ ، الجزء الثانى ص ٢١١.

– مختصر الطحاوى ، ص ٨٥.

[2] د / حسن صادق المرصفاوى : **قانون العقوبات تشريعاً وقضاء فى مائة عام** ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص ١١١.

– نقض ٢١ ديسمبر سنة ١٩٧٥، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٦ ، رقم ١٨٦ ، ص ٨٤٤.

تحقق موجب الإعفاء من العقاب فى جريمة التقليد امتنع عليها توقيع عقوبة الجريمة الأخف، وهى جريمة التزوير فى الأوراق الرسمية"[1].

٦- إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، قدم المباشر:

ومن الأمثلة الجنائية فى الفقه الشرعى على تلك القاعدة ما جاء فى فتاوى العلامة خير الدين بن أحمد الرملى (١٠٨١هـ): سئل فى قرية جاءت على أهلها نائبة، فرحل بعضهم، فتتبعهم أعوان الحاكم السياسى ليردوهم، فأبوا، فضرب رجل من الأعوان بندقة، جهتهم، فأصابت رجلاً من الراحلين فقتلته، هل تلزم جنايته شيخ القرية بقولهم: هو حرضهم، أم لا؟

أجاب: لا تلزم شيخ القرية جناية بالإجماع، والحال هذه، إطاعة الرئيس وحدودها ، إباحة ، مسئولية المرؤوس عن عمله ما تعدى الأمر بل يلزم الضارب المباشر لما تقرر: أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب: قدم المباشر. والله أعلم[2]. ونجد تطبيقات لذلك فى أحكام محكمة .

منها اعتبار أداء الواجب سبب عام للإباحة وفى ذلك جرى قضاؤها على أن الأحكام التى تضمنتها المادة ٦٣ من قانون العقوبات خاصة بالموظف العام. ومن ثم لم يستفد من لم تكن له هذه الصفة، كما هو واقع الحال فى الدعوى المطروحة، حتى وإن كانت العلاقة بينه وبين من أصدر الأمر تقضى عليه الطاعة، كما أنه ليس بمرؤوس أن يطيع الأمر الصادر من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه[3].

والفقه يرى أن أداء الواجب كاستعمال الحق من أسباب الإباحة العامة، فهو لا يتقيد بجريمة أو جرائم معينة ، فكل عمل يرتكب تنفيذاً لأمر القانون لا ينبغى أن يكون مؤاخذاً عليه جنائياً . لأنه عمل مأمور به، والشارع لا يتناقض بالعقاب على ما يؤمر بإجرائه ، ويلاحظ على مادة ٦٣ عقوبات أمران أولهما: أن

---

[1] - د / حسن صادق المرصفاوى : **المرجع السابق** ، ص ١١١ .

- نقض ١٣ مارس سنة ١٩٨٥، **مجموعة أحكام النقض** ، س٣٦ ، رقم ٦٤ ، ص ٣٧١.
- نقض ٤ يونيو سنة ١٩٨٦، **مجموعة أحكام النقض** ، س٣٧ ، رقم ١٢٣ ، ص ٦٤٦.

[2] الإمام / خير الدين الرملى: **الفتاوى الخيرية لنفع البرية ، كتاب الجنايات** ، الجزء الثانى ، ص ١٩٦.

[3] د / مصطفى مجدى هرجة : **التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء** ، الطبعة الثانية ، ١٩٩، ص ٣٦٣ ، ٣٦٦ ، ٣٣٦٧ .

- الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٣ نوفمبر ١٩٧٩ .

الشارع حد من مجاله فقصره على الموظفين العموميين، وثانيهما: أنه وسع فيه على الموظفين ، فاسقط مسئوليتهم جنائياً فى حالات يكون عملهم فيها مخالف .

وتتلخص صور تطبيق المادة ٦٣ عقوبات فى :

١- أن يكون عمل الموظف مطابقاً للقانون سواء كان تنفيذاً لأمر رئيسه أو قياماً لواجبه فى تنفيذ أوامر القانون .

٢- أن يكون عمل الموظف غير مطابق للقانون ، سواء كان الأمر الصادر إليه على خلاف القانون، أو أخطأ الموظف فى فهم واجبه .

ولما كان العمل غير قانونى فى هاتين الحالتين كان المفروض أن يسأل الموظف جنائياً عنه، ولكن الشارع رأى ضماناً لما يجب للموظفين العمومين من الطمأنينة فى القيام بأعمالهم إعفاء الموظف من المسئولية الجنائية بشرطين:

١- حسن النية .

٢- التثبت والتحرى .

٧- المباح يتقيد بالسلامة :

وفى "الخيرية" أيضاً: سئل فى رجل ضرب زوجته، فأتلف لها ثلاثة أسنان، وهو مقر غير أنه يتوهم أنه لا يلزمه بضرب زوجته شىء ... هل على الزوج أرش الأسنان أم لا ؟، أجاب : ضرب الزوجة موجب للضمان، سواء كان ظلماً أو بحق، لأن المبدأ يتقيد بالسلامة، ففى الأسنان الثلاثة سبعمائة وخمسون درهماً، أو سبعة من الإبل ونصف، لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وما دونها...[١].

ونجد مضمون القاعدة الفقهية وتطبيقاتها فى محيط الفقه الإسلامى سالف العرض، هو ما تسير عليه محكمتنا العليا فى حالة "تأديب الزوج لزوجته". فمن المقرر أن "التأديب وإن كان حقاً للزوج من مقتضاه إباحة الإيذاء، إلا أنه لا يجوز أن يتعدى الإيذاء الخفيف. إذا تجاوز الزوج هذا الحد فأحدث أذى بجسم

---

[١] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الثانى ، ص ١٩٧،كتاب الديات . مشار إليها فى مؤلف على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص٣٣٦، ٣٣٧ .

زوجته كان معاقباً عليه قانوناً حتى ولو كان الأثر الذى حدث فى جسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة"[1].

٨- من قضى دين غيره دون أمره لا يكون له حق الرجوع عليه :

وفى " العقود الدرية " سئل فيما إذا قضى زيد دين عمرو لدائنه بدون إذن عمرو، ويريد الرجوع على عمرو بما قضاه عنه بدون إذنه ، فهل ليس له ذلك؟

الجواب : من قضى دين غيره بغير أمره: لا يكون له حق الرجوع عليه "عمادية" من الفصل ٢٨. ومنها فى أحكام السفل والعلو : المتبرع لا يرجع على غيره كما لو قضى دين غيره بغير أمره[2].

ونجد لذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض ، وهذه الحالة هى "دعوى الضمان" أثارت مشكلة تدخل الضامن فى الدعوى المدنية التبعية اهتمام الفقه والقضاء، ولا صعوبة فى الأمر عند تدخله أمام القضاء المدنى، إنما تبدو دقة المشكلة عند تدخلها أمام القضاء الجنائى وجه الدقة أن دعوى الضمان مصدرها عقد الضمان الموقع بين الضامن (شركة التأمين مثلاً)، والمتهم أو المجنى عليه ، وليس مصدرها الجريمة.

قد اتجه الرأى الغالب إلى عدم قبول تدخل الضامن لأنه يتعارض مع الغرض من القضاء الجنائى، وهو حماية النظام الاجتماعى لا الفصل فى المصالح المدنية، وهذه الخصوصية تقتضى تقييد الأشخاص المسموح لهم بالتدخل مدنياً أمام هذا القضاء، وقد حسم المشرع المصرى المشكلة ، فنص صراحة فى المادة (٣/٢٥٣) على أنه "لا يجوز أمام المحاكم الجنائية أن ترفع دعوى الضمان".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "شركة التأمين ليست من بين المسئولين عن الحقوق المدنية، لأن مسئوليتها تقدر على أساس آخر هو الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين المبرم بينها وبين المتعاقد معها، أما الفعل الضار فهو لا يعتبر فى هذه الصورة سبباً مباشراً لمطالبة الشركة، فالمضرور لا يطالب شركة التامين بتعويض عن الفعل الضار، بل يطالبها بتنفيذ عقد التأمين"[3]، ويسرى ذات المبدأ على المؤمن وعلى المجنى عليه إذا كان ملتزماً

---

[1] د / مصطفى مجدى هرجة : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٠ .

- الطعن رقم ١٧٠٧ لسنة ٥١ ق ، جلسة ٢٠ أكتوبر ١٩٨١ .

[2] الشيخ / ابن عابدين: **العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية** ، **الجزء الأول** ، ص ٢٨٨،٢٨٧.

[3] – د / أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص ٢٢٠ .

بدفع التعويض عما أصابه من ضرر، فلا يملك المؤمن الادعاء المدنى قبل المتهم بقيمة ما دفعه المجنى عليه من تعويضات .

٩- السلامة من المكروه أولى من تحصيل المستحب :

ذكر الإمام الونشريسى المالكى فى فتاواه "المعيار": سئل سيدى أحمد القباب عن مدرسة ...لا يوجد فى أكثر الأوقات من يؤم فيها، فهل ترون أن الإمامة فيها أفضل لإقامة سنة الجماعة أم الصلاة فى غيرها خلف الإمام لما كره من الصلاة فيها؟ ، فأجاب: القاعدة أن الاحتياط بالسلامة من المكروه أولى من تحصيل المستحب، فترك الإمامة بالمدرسة والصلاة بغيرها أولى"[١].

ونجد لذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، فى "حالة الضرورة". فمن المقرر أن حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص، وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولو لم يكن فى إرادته دخل فى حلوله، ويشترط فى حالة الضرورة التى تسقط المسئولية الجنائية أن تكون الجريمة التى ارتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به[٢].

من المقرر أن حالة الضرورة لا تتوافر إلا إذا وجد خطر يهدد النفس، ولا تتوافر إذا كان الخطر يهدد المال فحسب[٣].

١٠- الحاجة تنزل منزلة الضرورة :

- نقض ١٣ يونيو ١٩٤٤ ، **مجموعة القواعد القانونية** ، ج٧ ، رقم ٥٦٤ ، ص ٩٢٣.
- نقض أول فبراير ١٩٥٥ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٦ ، رقم ١٦٠ ، ص ٤٨٢.
- نقض ٢١ فبراير ١٩٦١ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س١٢ ، رقم ٤٧ ، ص ٢٦٣.
- محكمة استئناف القاهرة : ٢٨ نوفمبر ١٩٦١ ، المجموعة الرسمية ، س ٦٠ ، رقم ٢٤ ، ص ١٧٩.

[١] - د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٧ .

[٢] - د / مصطفى مجدى هرجة : **المرجع السابق** ، ص ٣٥١ .
- الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٥ ق ، جلسة ٢ نوفمبر ١٩٧٥ .

[٣] - د / مصطفى مجدى هرجة : **المرجع السابق** ، ص ٣٥١ .
- الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٣ ق ، جلسة ١١ فبراير ١٩٧٤ .

وفى هذه القاعدة يفرق الفقهاء فيها بين الضرورة والحاجة بأن الضرورة هى التى ما يترتب على مخالفتها خطر على المضطر كما فى الإكراه الملجأ، والإشراف على الهلاك جوعاً والحاجة هى ما يترتب على عدم الاستجابة لها عسر ومشقة وصعوبة[1].

والأمثلة التى يضربها الفقهاء عادة لبيان مجال انطباق قاعدة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة تدور كلها فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية . ولا تكاد تجد تمثيلاً لعمل هذه القاعدة فى المجال الجنائى[2].

ويرى جانب من الفقه الإسلامى المعاصر، بحق، أن إنزال الحاجة منزلة الضرورة فى باب منع العقاب أولى وأوفق من قصرها على مجالات العقود والمعاملات، وهو كذلك متسق مع منطق الشارع الذى احتاط أعظم الاحتياط فى جانب توقيع العقوبات وخاصة عقوبات الحدود.

ومن هنا رأى هؤلاء الفقهاء المعاصرين أنه يمتنع على الدولة اقتضاء حقها فى العقاب على جريمة السرقة إذا كان السارق مدفوعاً إلى جريمته بوطأة الحاجة إلى نفقات تعليم أولاده، أو إعالتهم أو نفقة سكناه، أو علاج من يلزم شرعاً أو عرفاً بنفقته، أو الحاجة إلى سداد دينه، أو إلى غير ذلك من حاجات حياته، فالسارق لا يعاقب فى هذه الصور بعقوبة الحد المقررة شرعاً، إن جاز عقابه تعزيزاً فى بعضها[3].

١١-قاعدة " إذا تعارضت مفسدتان روعى دفع أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ":

---

[1] – الأستاذ الشيخ / مصطفى أحمد الزرقا : **المدخل الفقهى العام** ، الطبعة السابعة ، دمشق ، ١٩٦٥ ، ص ٩٩١.

[2] أنظر على سبيل المثال ما أورده :

جلال الدين السيوطى : **الأشباه والنظائر** ، ص ٩٧ ، ٩٨ .

الشيخ / مصطفأحمد الزرقا : **المدخل الفقهى العام** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٩١ – ٩٩٢ .

[3] صاحب هذا الرأى هو المرحوم الأستاذ / حسن الهضيبى المستشار بمحكمة النقض المصرية سابقاً والذى تولى بعد تركه وظيفته القضائية منصب المرشد العام للإخوان المسلمين ، وقد أورد رأيه المشار إليه فى رسالة بعنوان دستورنا نشرت أكثر من مرة فى مصر وغيرها من البلاد العربية . ويؤيده فى هذا الاجتهاد الجديد الدكتور / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٢ .

نسب الإمام السيوطى هذه القاعدة إلى الرافعى، أحد أئمة الشافعية، ورتب السيوطى على هذه القاعدة عدداً من النتائج من بينها أن الزانى لا يجوز أن يعاقب تعزيراً على ما دون الزنا ما دام فعله قد أوجب عليه العقوبة الأشد وهى عقوبة الزنا. وأن الزانى المحصن لا يجوز جلده لأن حد المحصن هو الرجم، وما دام الحد الأشد أوجب فإن العقوبة الأخف لا محل لتوقيعها .

وهذا الحكم الذى رتبه الإمام السيوطى على القاعدة المشار إليها هو ذات الحكم المنصوص عليه فى المادة ٣٢ من قانون العقوبات المصرى والتى نصها: "إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها. وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم ".

ويتضمن نص هذه المادة حكم حالتين من حالات تعدد الجرائم تعرف إحداهما بحالة التعدد الصورى أو المعنوى (وهى التى ورد حكمها فى الفقرة الأولى من المادة ٣٢)، وتعرف الثانية بحالة التعدد المادى أو الفعلى (وهى التى ورد حكمها فى الفقرة الثانية من المادة ٣٢) .

ثانياً : أمثلة القواعد المستشهد بها فى كتب القضاء الشرعى وتاريخ القضاء وأدب القاضى وكيفية الاستفادة منها فى القضاء الجنائى المعاصر :

وعلى هذا النمط إذا تفحصت أمثال هذه الكتب ، وجدت فيها قواعد كثيرة، بعضها أساسية وبعضها فرعية، يبدو منها شأنها فى الفقه الإسلامى.

وكذلك عناية القضاة أو المؤلفين فى باب القضاء بالقواعد، لم تكن أقل مما هى عند أهل الفتوى، والمؤلفين فى الفتاوى، فإن القضاة درجوا على استعمال هذه القواعد عند الفصل بين المتخاصمين وحسم النزاع، إلى جانب النصوص الفقهية والشواهد التى يستندون إليها، حتى إذا نظرت إلى ما روى عن القضاة من مسائل وقضايا فى القرون الأولى، وجدت كثيراً منها موجهة بقاعدة من القواعد الفقهية.

١- من أقر عندنا بشئ ألزمناه إياه :

ومن النماذج فى هذا الباب ما رواه الليث بن سعد عن خير بن نعيم: أنه كان يقضى فيمن اعترف لرجل بحق عليه، ثم ادعى أنه قضاه إياه لا يثبت عنده.

إنه يلزمه ما اعترف به من ذلك، وكان يقول: "من أقر عندنا بشـــئ ألزمناه إياه"[1].

فكون المرء مؤاخذ بإقراره قاعدة فقهية عامة عند القضـــاة ، وجرى على ذلك الأمر فى القديم والحديث.

وفى معنى هذه القاعدة ما بينه الإمام أبو يوسف فى قوله: "من أقر بسرقة يجب فى مثلها القطع، وإن أقر بحق من حقوق الناس: من قذف، أو قصاص فى نفس أو دونها، أو مال، ثم رجع عن ذلك، نفذ عليه الحكم فيما كان أقر به، ولم يبطل شـــئ من ذلك عنه برجوعه"[2]. فهذا الكلام يمثل معنى القاعدة القائلة: "المرء مؤاخذ بإقراره".

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "الاعتراف"، والاعتراف هو إقرار المتهم على نفســـه بصـــدور الواقعة الإجرامية عنه، وقد قالت محكمة النقض فى ذلك "الاعتراف المعتبر فى المواد الجنائية، والذى يؤاخذ به المتهم يجب أن يكون نصـــاً فى اقتراف الجريمة، وأن يكون من الصراحة والوضوح بحيث لا يحتمل تأويله، وأن سوق الأدلة على نتف متفرقة من أقوال المتهم قيلت فى مناســبات، ولعل مختلفة وجميعها على أنها اعتراف بالتهمة، فلا يعد اعترافاً إذا كانت حقيقة تحميل ألفاظ المتهم بما لم يقصـــده منها"[3].

٢- من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه :

ومن العبارات الشـهيرة التى تتسـم بسـمة القواعد ما رواه الإمام البخارى وغيره عن شريح قوله: "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه".

---

[1] وكيع بن حيان : **أخبار القضاة** ، الجزء الثالث ، ص ٢٣١.

[2] **الخراج** ، الطبعة الرابعة ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، ١٣٩٢هـ، ص١٦٩.

[3] – د / محمود نجيب حسنى : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، **المرجع السابق** ، ص ٤٦٧.

– نقض أول فبراير ١٩٥٥ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٦ ، رقم ١٦٠ ، ص ٤٨٢.

– نقض ١٠ مايو ١٩٦٠ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٦ ، رقم ٨٥ ، ص ٤٤١.

– نقض ١٨ مارس ١٩٦٠ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س ١٩، رقم ٦١ ، ص ٣٣١.

– نقض ١٢ يناير ١٩٧٤ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٥ ، رقم ٢ ، ص ١٦.

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "دعوى الضمان" أثارت مشكلة تدخل الضامن فى الدعوى المدنية التبعية اهتمام الفقه والقضاء، ولا صعوبة فى الأمر عند تدخله أمام القضاء المدنى، إنما تبدو دقة المشكلة عند تدخلها أمام القضاء الجنائى وجه الدقة أن دعوى الضمان مصدرها عقد الضمان الموقع بين الضامن (شركة التأمين مثلاً)، والمتهم أو المجنى عليه وليس مصدرها الجريمة .

قد اتجه الرأى الغالب إلى عدم قبول تدخل الضامن لأنه يتعارض مع الغرض من القضاء الجنائى، وهو حماية النظام الاجتماعى لا الفصل فى المصالح المدنية، وهذه الخصوصية تقتضى تقييد الأشخاص المسموح لهم بالتدخل مدنياً أمام هذا القضاء، وقد حسم المشرع المصرى المشكلة فنص صراحة فى المادة (٣/٢٥٣) على أنه "لا يجوز أمام المحاكم الجنائية أن ترفع دعوى الضمان".

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "شركة التأمين ليست من بين المسئولين عن الحقوق المدنية لأن مسئوليتها تقدر على أساس آخر هو الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين المبرم بينها وبين المتعاقد معها، أما الفعل الضار فهو لا يعتبر فى هذه الصورة سبباً مباشراً لمطالبة الشركة، فالمضرور لا يطالب شركة التأمين بتعويض عن الفعل الضار، بل يطالبها بتنفيذ عقد التأمين[١]، ويسرى ذات المبدأ على المؤمن وعلى المجنى عليه إذا كان ملتزماً بدفع التعويض عما أصابه من ضرر فلا يملك المؤمن الادعاء المدنى قبل المتهم بقيمة ما دفعه المجنى عليه من تعويضات.

٣- رضاء المجنى عليه كسبب إباحة :

---

[١] – د / أحمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون العقوبات ، **المرجع السابق** ، ص ٢٢٠ .

– نقض ١٣ يونيو ١٩٤٤ ، **مجموعة القواعد القانونية** ، ج٧ ، رقم ٥٦٤ ، ص ٩٢٣.

– نقض أول فبراير ١٩٥٥ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٦ ، رقم ١٦٠ ، ص ٤٨٢.

– نقض ٢١ فبراير ١٩٦١ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س١٢ ، رقم ٤٧ ، ص ٢٦٣.

– محكمة استئناف القاهرة : ٢٨ نوفمبر ١٩٦١ ، **المجموعة الرسمية** ، س ٦٠ ، رقم ٢٤ ، ص ١٧٩.

فعن ابن سيرين قال: "قال رجل لكريه[1]: أرحل ركابك، فإن لم أرحل معك فى يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج ، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه "[2].

وجاء فى أخبار القضاة ما يوضح ذلك، واختصموا إلى شريح فى رجل: اكترى من رجل ظهره، فقال: إن لم أخرج فى يوم كذا وكذا فلك زيادة كذا وكذا فى كرائك ، فلم يخرج يومئذ، وحسبه، فأتى شريحاً؛ فقال: من شرط على نفسه شرطاً طائعاً غير مكره أجزناه عليه[3].

فقضى شريح هنا بما يعتبر قاعدة فى تسويف الشروط الجعلية فى أى عقد صحيح، وأنها تكون مؤثرة فى أحكامه ونتائجه. وهذه القاعدة ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم: "**المسلمون عند شروطهم**"[4].

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "حالة الضرورة"، الأصل أن أى مساس بجسم المجنى عليه يجرمه قانون العقوبات، وقانون مزاولة مهنة الطب، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب حصوله على إجازة علمية طبقاً للقواعد واللوائح ، وهذه الإجازة هى أساس الترخيص الذى تتطلب القوانين الخاصة بالمهنة الحصول عليه قبل مزاولتها فعلاً، وينبنى على القول أن أساس عدم مسئولية الطبيب استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون، عن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يسال عما يحدثه بالغير من جروح، وما إليه باعتباره معتدياً، أى على أساس العمد، ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية[5].

---

[1] الكر ى على فعيل: **مكرى الدواب المصباح المنير** ، ص٥٣٢ .

[2] الكرمانى : **صحيح البخارى بشرح الكرمانى** ، كتاب الشروط ، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا ... الخ، الجزء الثانى عشر ، المطبعة المصرية الأولى ، ١٩٣٢، ص ٥٥ ، ٥٦.

[3] وكيع بن حيان : أخبار القضاة ، الجزء الثانى ، **المرجع السابق** ، ص ٣٤٠ ، والجزء الثانى ص ٣٢٥.

[4] – أخرجه البخارى تعليقاً فى الإجارة ، باب أجر السمسرة ، الجزء الثانى ، ص ٧٩٤.

[5] – د / حسن صادق المرصفاوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٤ .

- نقض ٢ مارس ١٩٨١ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٣٢ ، رقم ٣١ ، ص ١٩٦.
- نقض ١١ يناير ١٩٨٤ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٣٥ ، رقم ٥ ، ص ٣٤.

واللاعب الذى تسبب فى جرح غيره مع مراعاة أصوله لا يكون مسئولاً جنائياً إذا وقع ذلك عفواً منه وبحسن قصد، وكان اللعب مصرح به قانوناً ولا خطر على الأمن العام[1].

٤- من ضمن مالاً فله ربحه :

ومما رواه صاحب أخبار القضاة عن القاضى شريح قوله: "من ضمن مالاً فله ربحه"[2]، فهذه القاعدة تضارع القاعدة المشهورة، التى هى حديث صحيح " **الخراج بالضمان** ".

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "الدعوة المدنية بالتبعية"، مثال شركة التأمين، وقد سبق الإشارة إليها عند تناول القاعدة الثانية" من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه"، فى القاعدة الثامنة" من قضى دين غيره أمره لا يكون له حق الرجوع عليه".

٥- كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يرد به :

وقد شاع عن القاضى سوار بن عبد الله من أقواله: "كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يرد به"[3]، فذكر القاضى سوار هذه العبارة فى قضائه، وهى قاعدة من القواعد، ليستخلص منه ما يقضى به فى الحادثة المعروضة عليه.

فأمثال هذه العبارات هى بمثابة قواعد، جرت عادة القضاة أن يطلقوها فى كثير من القضايا، ويمكن إجراؤها فى الأحكام الأخرى المناظرة لها عند توافر الشروط ووضوح المعالم . وبذلك نستطيع أن نبرهن على أن ضبط الفروع أو القضايا الجزئية تحت جوامع كان أمراً عنى به لدى الفقهاء والقضاة من القديم، وهذا جانب مهم يتكشف من هذه الأمثلة.

وهذا قبل أن يعرف هذا الفن، ويخرج إلى النور قبل القرن الثالث الهجرى. أما بعد أن ظهرت بوادر وشاع استعمال القواعد، فقد كان المؤلفون فى أبواب

---

[1] - د / مصطفى مجدى هرجة : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٣ .

- إحالة طنطا : نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٠٨ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س١٠ ، ص ٣٣.

[2] وكيع بن حيان : **أخبار القضاة** ، **الجزء الثانى** ، **المرجع السابق** ، ص ٣١٩. ، مشار إليها فى مؤلف د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص٣٣٨، ٣٣٩ .

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الثانى ، ص ٥٥.

القضاء بعنوان "أدب القاضى" فى طليعة من سلكوا هذا المسلك، وظهر هذا اللون فى كتاباتهم، وفى هذا دلالة على أن القضاة عنوا بهذه القواعد، وكان لهم دور لا يستهان به فى إبرازها وترسيخ مكانتها.

ففى مطالع القرن الخامس الهجرى لعل الإمام أبا الحسن الماوردى[1](٤٥٠) أول من أختار هذا الأسلوب فى كتابه "أدب القاضى"، فإنك إذا أمعنت النظر فيه وقفت على بعض القواعد الفقهية، وقد أبرزها المؤلف بشكل جاهز للصياغة ، وهناك بعض الفقرات من الكتاب الذى وردت فيه تلك القواعد.

ونجد ذلك تطبيقاً فى نظر الفقه الجنائى المعاصر، فالرأى السائد فيه والفقه القانونى بوجه عام هو أن للعرف دور تفسيرى فى نطاق القانون الجنائى[2]، ويضرب الفقه الجنائى المصرى أمثلة لذلك من بينها تجريم الفعل الفاضح العلنى المخل بالحياء المنصوص فى المادة ٢٧٨ ع م، وتجريم المشرع إسناد أمور إلى شخص (لو كانت صادقة .. أوجبت احتقاره عند أهل وطنه) المنصوص عليها فى المادة ٣٠٢ ع م، وتجريم السب الذى يتضمن بأى وجه من الوجوه (خدشاً للشرف والاعتبار) المنصوص عليه فى المادة ٣٠٦ ع م، فعبارات الفعل الفاضح المخل بالحياء، والأمور التى لو كانت صادقة أوجبت احتقاره عند أهل وطنه ، وخدش الشرف والاعتبار كلها لا يجد القاضى لها تحديداً فى نصوص القانون الجنائى، ولذلك يجب عليه الرجوع إلى العرف ، لذلك نجد أن للعرف دور تفسيرى فى تطبيق القاعدة الجنائية[3] .

---

[1] هو أبو الحسن على بن محمد بن حبيب، البصرى، الشافعى، مصنف الحاوى السفر الجليل، وصاحب أدب الدنيا والدين، وكتاب الأحكام السلطانية وأدب القاضى، وكان إماماً فى الفقه والأصول والتفسير، بصيراً بالعربية، ولى قضاء بلاد كثيرة، ثم سكن بغداد ... وتوفى بها.

– ابن العماد : **شذرات الذهب** ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٥-٢٨٦. مشار إليها فى مؤلف د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص٣٣٩، ٣٤٠ .

[2] – د / محمد سليم العوا : **تفسير النصوص الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ١١١ : ١١٣ .

– د/ حسن كيرة : أصول القانون ، **المرجع السابق** ، ص ٣٦٢.

– د/ رمسيس بنهام : **النظرية العامة للقانون الجنائى** ، الطبعة الثالثة ،١٩٧١، ص ٢٠٦ .

– د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، بيروت ، ١٩٧٥، ص ٩٢، ٩٣ .

[3] – د/ رمسيس بنهام : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٦ .

– د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٢، ٩٣ .

٦- من تعين عليه فرض أخذ به جبراً :

قال فى شروط ولاية القضاء: "... فإن امتنع هذا المنفرد بشروط القضاء من الإجابة إليه، أجبره الإمام عليه ، لتعين فرضـــه". ثم قال: "ومن تعين عليه فرض أخذ به جبراً "[1]. كان ذلك بمثابة قاعدة، وضـعها الماوردى ومن تبعه فى ذلك فى باب القضـاء، حتى تصـان حقوق الناس عن الضـياع، وحتى يتولى مثل هذا المنصب الرفيع الخطير من هو أهل لذلك .

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "حالة القبض على الأشخاص الشهود، وتكليفهم بالحضور، والأحوال التى أشار إليها الشارع فى هذا النص يعنى الحالات التى يجوز فيها لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهم، ويفترض إصدار الأمر بالضبط والإحضار فى هذه الحالة توافر جميع الشروط التى ينبنى عليها إجازة الضبط، عدا شرط (حضور المتهم فى محل الواقعة) الأمر الذى يجعل القبض الفورى مستحيلاً، والأمر بالضبط والإحضار هو دعوة جبرية للحضور أمام مأمور الضبط القضائى، وينفذ قهراً إذا لم يحضر المتهم اختيارياً، قد نصت المادة ١٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية فى فقرتها الثالثة على أن "يشمل أمر القبض والإحضار تكليف رجال السلطة العامة الحضور أمام القاضى إذا رفض الحضور طوعاً فى الحال"، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه" فى جميع الأحوال تنفذ أوامر الضبط والإحضار والإجراءات التحفظية بواسطة أحد المحضرين أو بواسطة رجال السلطة العامة"[2].

قضت محكمة النقض بأن سماع المحكمة للشهود، ومناقشتهم فى الجلسة لم يرسم له القانون طريقاً معيناً للسير فيه، وأن إغفالها توجيه سؤال مما يقتضيه من التحقيق لا يجوز اتخاذه وجهاً للطعن فى حكمها، وذلك لأن القانون قد أجاز للدفاع أن يوجه من جانبه ما يعنى له من أسئلة[3].

---

[1] الحصاف : **أدب القاضى بشرح الحصاص** ، الجزء الأول ص ١٤٣-١٤٤، (وهذا الكتاب قطعة من الحاوى الكبير).

[2] - د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٥٦٢ ، ٥٦٣ .

- نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٦٩ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س ٢٠، رقم ٢٧٠ ، ص ١٣٣٠.

[3] - نقض ١١ نوفمبر ١٩٦٣ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س ٢٤، رقم ١٤٢ ، ص ٧٩١.

- نقض أول أبريل ١٩٦٨، **مجموعة أحكام النقض** ، س ١٩، رقم ٧٣ ، ص ٣٨٣.

- نقض ١٨ فبراير ١٩٧٤، **مجموعة أحكام النقض** ، س ٢٥ ، رقم ٣٣ ، ص ١٤٨.

٧- من نسب إلى ساكت قولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه :

فمن باب أولى نسبة الفعل لمن لم يفعل شيئاً هل هو أساس بضبط صور جرائم الامتناع. جاء فى فصل عقده لما ينعقد به الإجماع: "فإذا قال الواحد منهم قولاً، أو حكم به، فأمسك الباقون عنه... فى كونه إجماعاً يمنع من الاجتهاد وجهان لأصحابنا: **أحدهما :** يكون إجماعاً لا يسوغ معه الاجتهاد.

والوجه الثانى : لا يكون إجماعاً، والاجتهاد معه جائز، لأن من نسب إلى ساكت قولاً أو اعتقاداً، فقد افترى عليه، وسواء كان هذا القول حكماً أو فتيا"[١].

فالتعليل المذكور فى الوجه الثانى تعليل بقاعدة فقهية عرفت واشتهرت بعنوان: "لا ينسب إلى ساكت قول".

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "القذف بطريق النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات" نصت المادة ٣٠٧ من قانون العقوبات على أنه إذا ارتكب القذف المنصوص فى المادة ٣٠٣ القذف بطريق النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات رفع الحدان الأدنى والأقصى لعقوبة الغرامة المبينة فى المادة المذكورة إلى الضعف، ترجع علة التشديد فى هذه الحالة إلى أن النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات يتيح للواقعة المسندة للمجنى عليه نطاقاً واسعاً من الذيوع والانتشار، فضلاً عن أن القذف بهذا الطريق قد يتخذ وسيلة للكذب أو غيره من الأغراض الشخصية، وبالإضافة إلى ذلك فإن القذف الذى يتم عن طريق النشر يحدث بعد تفكير وترو، فيكون له من الخطورة ما لا يتحقق فى القذف فى المكان العام إثر استفزاز أو فى مرحلة غضب[٢].

٨- ما نفذ من الأحكام فى حال الجواز لم يعقبه فساد :

وأصل فى عدم تأثر الحكم فى رد القضاء أو مخاصمتهم على أحكامهم الأخرى السابقة، جاء فى فصل : تغير حال القاضى الكاتب بالفسق أو الجنون،

---

[١] العلامة / الماوردى : **المرجع السابق** ، ص ٤٦٦، ٤٦٧.

[٢] د/ فوزية عبد الستار : **شرح قانون العقوبات** ، القسم الخاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠، ص ٥٦٨ .

– نقض ٢٦ مايو ١٩٥٢، **مجموعة أحكام النقض** ، س ٢ ، رقم ٣٧٣ ، ص ١٠٥٣.

"فإن كان الكتاب بحكم قد أمضـاه فى حال سـلامته، وجب قبول كتابه، بعد تغير حاله، لأن ما نفذ من الأحكام فى حال الجواز لم يتعقبه فساد"[1].

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكـام محكمـة النقض، وهذه الحـالـة هى "موانع القضــاء، ومنها عدم الصـلاحية والرد"، وقد قضـت محكمة النقض تطبيقاً لهذه الحالة، أن مجرد كون رئيس الهيئة الذى أصـــدر الحكم المطعون فيه الخاص للنائب العام لا ينهض سبباً لعدم صلاحيته للاشتراك فى نظر الدعوى، ما دام أن النائب العام لم يقم بنفس تمثيل النيابة العامة فى الدعوى ذاتها بما لا يتطرق معه أى احتمـال للإخلال بمظهر الحيدة أو الثقـة فى القضـــاء أو التـأثر برأى أو الانقياض له[2].

٩- اليد توجب إثبات التصرف ، ولا توجب إثبات الملك :

إذا كانت دار فى يدى رجلين، ترافعا فيها إلى الحاكم ليقسـمها بينهما، فلهما فيها ثلاثة أحوال، أحدهم: أن ينازعهما فيها غيرهما، فلا يجوز للحاكم إذا حكم بها لهما بأيديهما أن يقسـمها بينهما، مع ظهور المنازع إلا ببينة تشـهد بها لهما، وهذا مما لا يختلف فيه قوله، لأن قسـمه الحاكم إثبات لملكها، واليد توجب إثبات التصرف، ولا توجب إثبات الملك"[3].

نجد أن الصـدر الشـهيد[4]، ٥٣٦هــــ، يعول على القواعد الفقهية عند إثبات قضـــية من القضـــايا. ومعظمها مصـــوغة بصـــياغة قانونية، وهى خير معوان للقاضى المجتهد.

---

[1] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص٣٤٠، ٣٤١ .

[2] – د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٧٨٩ .

– نقض ١٥ مايو ١٩٦٧ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س ١٨، رقم ١٢٨ ، ص ٦٥٥.

– نقض ٢٨ يونيو ١٩٦٥ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س ١٦، رقم ١٢٣ ، ص ٦٣٣.

[3] الماوردى : **المرجع السابق** ، الجزء الثانى ، ص ٢٣٦.

[4] الصـدر الشـهيد : هو عمرو بن عبد العزيز بن مازة، أبو محمد، حسـام الدين، المعروف بالصـدر الشـهيد، إمام الفروع والأصـــول، المبرز فى المعقول والمنقول. كان من كبار الأئمة وأعيان الفقهاء ، له اليد الطولى فى الخلاف والمذاهب، تفقه على والده، واجتهد إلى أن صار أوحد زمانه. توفى شهيداً سنة ست وثلاثين وخمسمائة.

اللكنوى : **الفوائد البهية** ، ص١٤٩. مشـار إليها فى مؤلف د / على أحمد الندوى : **المرجع الســابق** ، الجزء الأول ، ص٣٤١، ٣٤٢ .

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "الاستيلاء على المال أو حيازته"، حيث رأى جارسون، وفقاً للنظرية الحديثة فى التعبير عن الاختلاس، بالأخذ أو النقل أو النزع، فكل ذلك مجرد مترادفات لغوية، وذهب إلى القول بأنه لا بد أن يحدد الاختلاس ويستند إلى نظرية الحيازة القانونية، وهى نظرية تسود كل من القانونين المدنى والجنائى[1].

١٠- الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد :

ذكر الإمام الخصاف رسالة عمر إلى أبى موسى الأشعرى، رضى الله عنهما، ومما جاء فيها: "ولا يمنعك من قضاء قضيته بالأمس، وراجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطل قال الشارح: "وهذا إذا قضى عن اجتهاد، ثم أظهر له بخلافه، أما إذا ظهر بالاجتهاد فلا ينقض". ثم علل ذلك بقاعدة اشتهرت عند الأصوليين والفقهاء، وهى قوله "لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"[2].

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "عدول محاكم القانون عن رأيها إلى رأى آخر فى عقوبة مماثلة"، مثال ذلك محكمة النقض، المادة ٤ من قانون حالات الطعن بالنقض.

١١-الحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات :

ذكرها عند بيانه "حجر الفساد"، مثالها "لو أن رجلا كان صالحاً ثم فسد بعد ذلك، فحجر عليه القاضى، وقد كان إنسان اشترى منه شيئاً، فاختلف المحجور عليه والمشترى منه، فقال المشترى: اشتريته منك فى حال صلاحك قبل الحجر عليك، وقال المحجور عليه: بل اشتريت منى فى حال الحجر،

---

[1] د/ فوزية عبد الستار : **المرجع السابق** ، ٢٠٠٠، ص ٦٦٥ .

- نقض ٢٤ إبريل ١٩٦٢، **مجموعة أحكام النقض** ، س ١٣ ، رقم ١٧ ، ص ٤٢٧.

[2] الصدر الشهيد: **شرح أدب القاضيللخصاف** ، الجزء الأول ، ص ٢٢٣،٢٢٤.

فالقول قول المحجور عليه؛ لأن الشــراء حادث والحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات فى الشراء حالة الحجر "[1].

١٢-الغرم يقابل الغنم :

" إذا ما حكم القاضـــى فيما يتعلق بحقوق العباد فظهر خطؤه، وكان الخطأ بحيث لا يكون رده بأن قضـــى بالقصـــاص، واســـتوفى القصـــاص ثم ظهر أن الشــهود عبيد أو محدودون فى القذف، ففى هذا الوجه تجب الدية على المقضـــى له فى ماله، لأن القاضـى عامل للمقضـى له، فكان غنم القضـاء له، فيكون الغرم عليه، لأن الغرم يقابل الغنم "[2].

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "تعويض الضرر"، وهو موضوع الدعوى المدنية بالتبعية، تتميز الدعوى المدنية بالتبعية بأن موضــوعها هو تعويض الضــرر، وهى فى ذلك تتميز عن الدعاوى المدنية الأخرى التى لا تستهدف إصـلاح الضـرر، مثال ذلك، دعوى التطليق المترتبة على جريمـة الزنـا، ودعوى الحرمـان من الإرث المترتبـة على جريمـة قتـل المورث، ودعوى الرجوع فى الهبة المترتبة على اعتداء الموهوب له على حياة المورث .

فى كل هذه الأمثلة نكون بصدد دعاوى مدنية موضوعها ليس هو تعويض الضرر، وإنما تحقيق أغراض مدنية أخرى، وقد أخرجها القانون من اختصاص القضـــاء الجنائى، فهذا القضـــاء لا يختص إلا بنظر دعاوى تعويض الضـــرر الناشـــئ عن الجريمة دون الدعاوى التى تهدف إلى تحقيق نتائج مدنية أخرى تســببت فيها الجريمة، وهذا الاســتقلال ليس اســتقلال كامل، والقضـــاء المدنى مكلف بتطبيق مبدأ (الجنائى يوقف المدنى)، فالحكم الجنائى الصـــادر فى هذه الدعوى له حجية أمام القضاء المدنى عندما ينظر تلك الدعاوى المدنية[3].

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الثانى ص ٤١٤.

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الثالث ، ص ١٦٣-١٦٥.

[3] - د / أحمد فتحى سرور : **الوسيط فى قانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص ٢٢٤ .

- نقض ٢٣ يناير ١٩٣٣، **مجموعة أحكام النقض** ، ج ٣، رقم ٧٩ ، القواعد ص ١٢.

- نقض ٣ مارس ١٩٧٥، **مجموعة أحكام النقض** ، س ٢٦ ، رقم ٦٦ ، ص ٢٨٥.

١٣-الإنفاق بأمر القاضى كإنفاق الأب : فى لزوم الأحكام وتنفيذها:

وإذا فرض القاضى نفقة الصبيان على أبيهم ، وتركهم بلا نفقة فاستدانت الأم وأنفقت عليهم بأمر القاضى، فإنها ترجع على الأب بذلك، لأن الإنفاق عليهم بأمر القاضى كالإنفاق بأمر الأب "[1].

فإذا أطلنا النظر فى أمثال هذه القواعد، وجدناها ثروة قيمة، وتقوم مقام المبادئ والأسس التى يتركز عليها القضاء فى طرق الإثبات، وفى حسم كثير من مسائل الفقه بصفة عامة، والفقه الجنائى بصفة خاصة سواء كانت مسائل منتمية للقسم العام منه أو القسم الخاص.

ولفائدة تلك القواعد فى ضبط الأحكام ظل العلماء يدرجونها فى مؤلفاتهم، ففى كتب المتأخرين من القضاة تجد هذه الظاهرة قد تبلورت إلى حد كبير، كما فى تبصرة الحكام لابن فرحون[2] المالكى، ومعين الحكام لعلاء الدين الطرابلسى[3] الحنفى، ونجتزئ هنا بإيراد بعض الأمثلة من الكتابين، وهى كما يلى:

١٤-الإقرار حجة موجبة بنفسه :

قال عند بيان الفرق بين البينة والإقرار: أن لا تكون حجة موجبة إلا بانضمام القاضى[4] إليها، فتراعى شرائط كونها حجة القضاء، أما الإقرار فحجة

---

[1] الصدر الشهيد : **المرجع السابق** ، الجزء الرابع ص ٢٩٨.

– ولقد وردت هذه القاعدة الأخيرة فى بعض الكتب بصيغة أعم من هذه وهى "الإنفاق بأمر القاضى كالإنفاق بأمر المالك . ويتمثل ذلك فيما إذا التقط رجل شاة، فأمره القاضى أن ينفق من ماله فى العلف فأنفق، ثم ماتت ، وأتى بعد ذلك صاحبها ، كان له أن يجع بما أنفق ، لأن الإنفاق بأمر القاضى كالإنفاق بأمر المالك.

– الحمزاوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٢.

– **الفتاوى الخانية** ، مسائل اللقطة ، ص ٣٩٨.

[2] هو العلامة إبراهيم بن على بن محمد، الملقب ببرهان الدين، المدنى، المالكى . ولد بالمدينة المنورة، ونشأ بها، وتفقه وبرع، وصنف . وتوفى بالمدينة سنة ٧٩٩هـ .

[3] هو الشيخ على بن خليل ، أبو الحسن الملقب بعلاء الدين . كان قاضياً بالقدس ، توفى سنة ٨٤٤هـ .

– الزركلى : **الأعلام** : الجزء الخامس ، ص٩٧.

٤ مراده هنا بالقاضى: القضاء.

موجبة بنفسه ، فلا يشترط انضمام القاضى إليه لكونه حجة. وفى هذا الكلام ما يشبه القاعدة الفقهية عن الإقرار "المرء مؤاخذ بإقراره".

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض ، وهذه الحالة هى "الإقرار حجة للاعتراف"، عرفت المادة ١٠٣من قانون الإثبات (الإقرار) بأنه الاعتراف هو إقرار المتهم على نفسه بصدور الواقعة الإجرامية عنه، وقد قالت محكمة النقض فى ذلك "الاعتراف المعتبر فى المواد الجنائية، والذى يؤاخذ به المتهم يجب أن يكون نصاً فى اقتراف الجريمة ، وأن يكون من الصراحة والوضوح بحيث لا يحتمل تأويله، وأن سوق الأدلة على نتف متفرقة من أقوال المتهم قيلت فى مناسبات، ولعل مختلفة وجميعها على أنها اعتراف بالتهمة، فلا يعد اعترافاً إذا كانت حقيقة تحميل ألفاظ المتهم بما لم يقصده منها "[1].

١٥-حجج الأقوال أوكد من حجج الأفعال :

جاء فى فصل: ما يستقر به الإجماع: "منع بعض الناس من استقرار الإجماع بمجرد القول، حتى يقترن به عمل، لأن العمل تحقيق القول، و هذا لا وجه له، لأن حجج الأقوال أوكد من حجج الأفعال"، أساس فى حجية الاعتراف إذا استوفى باقى شرائط صحته[2]. وقد سبق الإشارة إليه فى قاعدة الإقرار حجة موجبة بنفسه .

١٦-الإقرار حجة ملزمة بنفسه لا يحتاج فيه إلى القضاء :

النص الشرعى يقضى بأن "الإقرار حجة ملزمة بنفسه، لا يحتاج فيه إلى القضاء، وإطلاق اسم القضاء عليه مجاز، وإنما هو أمر بالخروج عما لزم بإقراره، لأن الحق ثبت به بدون حكم لا بالقضاء"[3].

---

[1]- د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٦٧.

- نقض أول فبراير ١٩٥٥ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٦ ، رقم ١٦٠ ، ص ٤٨٢.
- نقض ١٠ مايو ١٩٦٠ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٦ ، رقم ٨٥ ، ص ٤٤١.
- نقض ١٨ مارس ١٩٦٠ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س ١٩، رقم ٦١ ، ص ٣٣١.
- نقض ١٢ يناير ١٩٧٤ ، **مجموعة أحكام النقض** ، س٢٥ ، رقم ٢ ، ص ١٦.

[2] الزركلى : **المرجع السابق** ، الجزء الأول ، ص ٤٧٠.

[3] مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً ، الجزء الأول ، ص ٣٤ ، تحت عنوان "إثبات"، المبدأ ٥٧.

إن هذه القاعدة الأصـــولية يمكن اعتبارها أصـــلاً لبناء الحكم الجنائى على اعتراف المتهم بالجريمة مكتملة، أو إقراره بارتكاب ركنها المادى، أو جزء منه دون وجود دليل آخر يســـاند ذلك الاعتراف، أو إقرار المتهم الســـابق على إجراءات التحقيق كإقراره بمحضـر جمع الاستدلالات أو المثول أمام القضـاء. وقد سبق الإشارة إليه فى قاعدة الإقرار حجة موجبة بنفسه.

١٧-الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق :

قال العلامة ابن فرحون تحت عنوان "تنبيه"، وينزل منزلة التحقيق الظن الغالب، لأن الإنسان لو وجد وثيقة فى تركة مورثه، أو وجد ذلك بخطه، أو بخط من يثق به، أو أخبره عدل بحق فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا، الحلف، وهذه الأسباب لا تفيد إلا الظن دون التحقيق، لكن غالب الأحكام والشهادات إنما تبنى على الظن وتتنزل منزلة التحقيق"[١].

(الإثبات باليقين فى الجنائى) مقارنة اللفظ قد توحى باختلاف هذه القاعدة مع ما جرى عليه القضـاء والفقه الجنائى المعاصـر من كون إثبات التهمة يكون بالجزم واليقين، ولا يكون بالظن والتخمين غير أنه بإنعام النظر فى مضـــمون القاعدة المستقرة فى الفقه والقضـاء الجنائى، يتبين أن الظن الغالب الذى يذكره الفقهاء الشـرعيين هو الذى تسـميه محكمة النقض هو الفقه الجنائى المعاصـر باليقين.

وللعلم فالظن الغالب من الناحية العلمية أدق من التســمية المســتقرة فى القضـاء والفقه الجنائى المعاصـر لمجموعة قواعد الإثبات الجنائى المفضية إلى اليقين الذى تبنى عليه الأحكام الجنائية، ذلك بأن اليقين بمدلوله اللغوى يســتلزم المعاينة، والمشاهدة ومباشرة الحدث من الشاهد بنفسه، وهو ما لا يقصده الفقه والقضـاء الجنائى المعاصـر لليقين فى الإثبات الجنائى بطبيعة الحال، إذ يخرج عن هذا المعنى اللغوى كافة أدلة الإثبات الجنائية الأخرى غير المذكورة بما فيها القرائن، بينما تندرج هذه الأدلة تحت المصطلح الشرعى المستخدم بدلاً من مصطلح اليقين ألا وهو "الظن الغالب".

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى "دور القاضـى الجنائى فى الإثبات أو الإثبات باليقين"، أن السلطة الواسعة التى خولها الشارع

---

[١] الإمام / أبى عبد الله عليش : **تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، مطبوع على هامش فتح العلى أبى عبد الله عليش: **المالك** ، الجزء الأول، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٨، مطبعة مصـــطفى البابى الحلبى ، ص١٢٩.

للقاضـــى الجنائى فى الإثبات تلقى عليه عبأ أثقل مما يحمله قاض ســـلطته فى الإثبات محدودة بقيود قانونية كالقاضى المدنى.

وقد قضـــت محكمة النقض فى ذلك لا مراقبة لمحكمة النقض على ما هو داخل قانوناً تحت سلطة محكمة الموضوع من طرق الإثبات وتقدير الأدلة[١].

١٨-الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة :

هذه القاعدة تكمل القاعدة الســـابقة فى الإثبات الجنائى، وتؤكد رأينا فيما سبق ولاحظناه من أن اصطلاح يقين المحكمة الجنائية هو ذاته ما قال عنه فقهاء الأصول الشرعيين ، بصورة أدق ، بالظن الغالب .

جاء فى "معين الحكام" فى كتاب "القاضى إلى القاضى" وإذا أراد القاضى أن يكتب إلى قاض آخر، يكتب فى الكتاب اسم المدعى: اســم أبيه واســم جده، وحليته، وينســبه إلى قبيلته أو فخذه... ويكتب اســم المدعى عليه، لأن التعريف يقع بهذه الأشـــياء ... فإن أقام المدعى عليه بينه أن فى القبيلة رجلاً آخر بهذا الاســـم والنســـب، فإن كان حياً لا يقضـــى، لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة"[٢]. وقد سبق الإشارة إليه فى قاعدة الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق.

١٩-أن كل واحد مؤتمن على ما يدعى أنه ملكه، أو مباح له، فيقبل قوله:

جاء تحت عنوان "مســألة " فى الكتاب الأنف الذكر : يقلد القصـــاب فى الزكاة، ذكراً كان أو أنثى، مسلماً أو كتابياً، ومن مثله يذبح، يقبل قوله إنه ذكى، وليس علية اســـتعلامه، وليس هو من باب الشـــهادة ولا الرواية ، بل من باب القاعدة التشريعية: إن كل واحد مؤتمن على ما يدعى أنه ملكه، أو مباح له فيقبل قوله وإن كان أفسق الناس"[٣].

---

[١] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٤١٦ ، ٤١٧.

- نقض ١١ ديسمبر ١٩٦٧ ، **مجموعة القواعد القانونية** ، س١٨ ، رقم ٢٦٥ ، ص ١٢٥٠.
- نقض ١٩ مارس ١٩٢١ ، **مجموعة القواعد القانونية** ، ج ٢ ، رقم ٢١٧ ، ص ٢٧٤.

[٢] **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام** ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٣٩٣هـ ، ص١١٨.

[٣] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الأول ص ٢٩٠.

ويمكن مقارنة ما ينتج عن إعمال هذه القاعدة مع ما يبحثه الفقه الجنائى أثناء دراسة القصد الجنائى فى جرائم الأموال من أثر توهم المتهم لملكية الشئ محل الجريمة فى جرائم الأموال. وقد سبق الإشارة إليه فى قاعدة اليد توجب إثبات التصرف، ولا توجب إثبات الملك .

٢٠-الأصل فى ترجيح البينات إنما هو كونها مثبته خلاف الظاهر :

نص الفقهاء على أن الأصل فى ترجيح البينات إنما هو كونها مثبته خلاف الظاهر، فلو تعارضت بينه اليسار مع بينه الإعسار، فبينة اليسار أولى؛ لأن اليسار عارض، والبينات شرعت للإثبات، ولو تعارضت بينة من يدعى فساد النكاح مع بينة من يدعى صحته، فالبينة بينة يدعى الفساد، وعلله السرخسى فى المحيط بأن الصحة ثابتة بظاهر الحال، والفساد أمر حادث يحتاج إلى إثباته[١].

وهذه القاعدة يمكن اعتبارها أصلاً لكل الإجراءات، والقواعد الجنائية المترتبة على أصل البراءة فى المتهم حتى تثبت إدانته. كما يمكن إكمال القاعدتين السابقتين بهذه القاعدة فى تبيان شامل لقواعد الإثبات الجنائى للشريعة الإسلامية. وتؤكد القاعدة من جانب ثالث ما سبق وذكرناه من أن إصطلاح الظن الغالب الذى تبنى عليه الأحكام الجنائية قد يكون أدق من اصطلاح اليقين المستخدم فى الفقه والقضاء الجنائى المعاصر.

والقاعدة التالية تعد كذلك لبنة فى بنيان الإثبات الجنائى الشرعى، ومتعلقة بشكل مباشر بموضوع تجزئة الاعتراف أو الإقرار فى المسائل الجنائية. ويمكن تخريج مجمل القواعد والمبادئ التى أرستها محكمة النقض فى مجال الإثبات الجنائى على تلك القواعد، وهو ما يحتاجه إلى دراسة متعمقة حسبنا أن أشرنا إليها بما يتناسب مع الهدف من هذا البحث، وبما يفتح المجال أمام أبحاث أخرى فى هذا الصدد.

ونجد ذلك تطبيقاً فى أحكام محكمة النقض، وهذه الحالة هى الأصل "براءة الذمة وعدم تجزئة الاعتراف"، قضت محكمة النقض أن "سلطة القاضى الجنائى فى تجزئة الاعتراف محدودة بقيدين، الأول أنه لا يجوز أن يجافى المنطق فيما يقول به من تجزئة، وموضوع هذا القيد أن يكون المنطق مفترض عدم التجزئة، أما القيد الثانى فمحله أن يتوقف الفصل فى الدعوى الجنائية على

---

[١] **المرجع السابق مباشرة** : الجزء الأول ص ٤٥ ، ٤٦، "إثبات"، المبدأ ٩٨.

الفصل فى موضوع مدنى يخضع لقواعد الإثبات المدنية، إذ تطبق هذه القواعد فى مجموعها، وإن كان ثمة اعتراف تعين عدم تجزئته[1].

٢١-التناقض فى موضوع الخطأ عفو، ولا عبرة بالظن البين خطؤه :

نص الفقهاء على أن التناقض فى موضوع الخطأ عفو . فإذا أقر بشىء، ثم أدعى شـيئاً آخر يناقض ما أقر به، وكان ما يدعيه مما يخفى عليه بسـببه قبلت دعواه بالظن البين خطؤه. فإذا ظن أمراً، وتبين خطؤه فله أن يدعى غيره، ولا يؤثر فى هذا الظن الذى تبين أنه خطأ[2].

٢٢- الحقوق لا تسقط بتقادم الزمان وإن طالت المدة :

وحيث إن النص الشـرعى يقضـى بأن الحق لا يسـقط بتقادم الزمان، وإن طالت المدة، وإن التقادم إلى زمن معين يمنع من سـماع الدعوى قطعاً للحيل والتزوير لدلالة الحال على ذلك بالترك مع طول المدة، فلا تسـمع الدعوى من المنع من سماع الدعوى بعد المدة المقررة[3].

قد يبدو أن ظاهر هذه القاعدة يناقض نصـوص سـقوط الدعوى الجنائية أو العقوبة بالتقادم، غير أنه بإنعام النظر فى القاعدة المذكورة يتبين وحدة الأثر من الناحية العملية الذى يؤدى إليه إعمالها مع قواعد القانون الجنائى المعاصـر ذلك بأن الحقوق، وإن لم تسقط شرعاً، بمضـى المدة إلا أنه يمنع من سماع الدعوى بها، كما هو مقرر شـرعاً للأسـباب التى أفاض فيها علماء الأصـول، ومن ثم يصـبح الخلاف بين هذه القاعدة والقواعد الجنائية كسـقوط العقوبة خلافاً لفظياً فقط .

٢٣-الإشـارة من الأخرس إذا كانت معروفة من النفى والإثبات ، فهى بمنزلة العبارة من الناطق فى سائر الأحكام :

---

[1] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٦٧ - ٤٦٩.

- نقض ٧ مايو ١٩٣١ ، **مجموعة القواعد القانونية** ، ج ٢ ، رقم ٢٥٦ ، ص ٣٢٣.

[2] **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام** : **المرجع السابق** ، الجزء الأول ، ص ٣٣١، "تقادم".

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، الجزء الأول ص ٣١٦، "تقادم".

واســتحلاف الأخرس أن يقول القاضـــى: عليك عهد الله إن كان لهذا الحق، ويشـير الأخرس برأسـه أى نعم ... لأن الإشـارة من الأخرس إذا كانت معروفة من النفى والإثبات، فهى بمنزلة العبارة من الناطق فى سائر الأحكام"[1].

هذه نبذة يسيرة من تلك القواعد التى جرت عند القضاة والمؤلفين فى باب القضاء باعتبارها أصولاً قضائية معتبرة، ثم كان لمجلة الأحكام العدلية فى القرن الثالث عشر الهجرى أثر جميل فى ترسيخ مكانه هذه القواعد عن طريق سبكها سبكاً قانونياً جديداً، وترويجها فى الأوساط العلمية، وخاصة فى المحاكم الشرعية، فإن مجموعة منها مختصة بالقضاء، وهى من الأصول القويمة لدى القضاة فى حل القضايا الجديدة فى الحوادث الجديدة لما تحمل فى طياتها من السعة والمرونة.

ولعل من آثار تلك المجلة وثمارها أن المحاكم الشرعية تبنت هذه القواعد، وأولتها أهمية عند فصل القضاء، ففى مصر مثلا قبل أن يحل القانون الوضعى محل القانون الإسلامى، ويلغى العمل بمقتضى الفقه الإسلامى، كانت المحاكم توجه كثيراً من قضاياها بقواعد فقهية، خاصة فيما يعن لها من حوادث جديدة، كما نلمح ذلك عند إحالة النظر فى السجلات والمحاضر، التى دون فيها بعض تلك المرافعات والقضايا.

[1] **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، المرجع السابق:** ص٦٦. وفى ص ٢٦٩: "الإشارة تقوم مقام العبارة وإن قدر على الكتابة".

مبحث ختامى

مدى بروز علم القواعد الفقهية

فى أحكام القضاء المصرى المعاصر

يرى جانب من الفقه الأصولى المعاصر أن استخدام القواعد الفقهية فى القضاء فى مصر قد توقف منذ أن حلت القوانين الوضعية محل القوانين الشرعية فى بداية القرن العشرين. ويستطرد أصحاب هذا الرأى قائلين بأن النظام القضائى الشرعى المصرى قد توقف. وأن استعمال القواعد الفقهية فى حيثيات أحكام القضاء لم يعد موجوداً مع بداية تطبيق القوانين الوضعية[١].

وهذا الكلام غير صحيح. ففضلاً عن كون الشريعة الإسلامية بمبادئها الكلية المجمع عليها أو فى مسائلها الفرعية التى تتعدد فيها الآراء ما زالت مطبقة فى النظام القانونى والقضائى المصرى، إما بصورة مباشرة وإما بصورة غير مباشرة كما سلف وأن أوضحنا بالتفصيل فى جنبات هذا الباب.

كما أنه ومن ناحية أخرى ما زال القضاء المصرى، بكافة درجاته وجميع أنواع محاكمه، يدبج أحكامه ويثرى قضاءه بالقواعد الفقهية والآراء الشرعية تارة على سبيل الاستدلال المباشر، وعلى سبيل الاستئناس والإعلام بالحكم الشرعى للمسألة المعروضة عليه تارة أخرى. مثال ذلك ما رددته المحكمة الدستورية العليا فى العديد من الطعون المعروضة عليها من أن "الساقط لا يعود"[٢] وهذه قاعدة فقهية شهيرة ولها تخريجات كثيرة فى فروع المذاهب الأربعة. وكذلك قاعدتى "لا ضرر ولا ضرار" و "الضرر يُزال"[٣] التى تكثر المحكمة العليا من الاستناد غليها فى قضائها .

---

[١] د / على أحمد الندوى : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٦ وما بعدها . وقد أشار سيادته فى هذا الموضع إلى كتاب الأستاذ / أحمد نصر الجندى " مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً " ، على اعتبار أنه من " ثمار المحاكم الشرعية قبل أن يحل القانون الوضعى محل القانون الإسلامى ويلغى العمل بمقتضى الفقه الإسلامى ". وهذا الكلام غير صحيح كما فندناه فى المتن . بل والمؤلف المشار إليه يتضمن أحكاماً صدرت من المحاكم المصرية المختلفة فى السبعينات والثمانينات من القرن الماضى وما زالت تعمل بمبادئ الفقه الإسلامى حتى الآن.

[٢] الطعن رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١١/٣٠.

[٣]- الطعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/١/٤.

- الطعن رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٧/٨/١٤.

وأحياناً أخرى يتعمد القضاء فى حيثيات حكمه أن يبين مدى موافقة النص الوضعى لأحكام الشريعة الغراء ممهداً بذلك لتطبيق كامل للشريعة الإسلامية الغراء حين يوفق ولى الأمر إلى ذلك. بل وقد اعتنق القضاء المصرى مبدأ عدم جواز خروج المشرع الوضعى عن مبادئ الشريعة الإسلامية فى شقها المجمع عليه، وإذا خالف المشرع هذا المبدأ القضائى فإن القضاء الدستورى مستقر على إهدار هذا التشريع الوضعى المخالف للشرع للحنيف. ومن المفيد أن نسوق حيثيات أحد هذه الأحكام التى نشير إليها ليستبين لنا مدى مجافاة الزعم بأن النظام القانونى الوضعى المصرى قد ألغى العمل بمقتضى الفقه الإسلامى[1].

وفى هذا الإطار استقر واضطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه، وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل.... فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنه تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية على هذه القواعد كافة، إذ هى إطارها العام وركائزها الأصيلة التى تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أى قاعدة قانونية على خلافها وإلا اعتبر ذلك إنكاراً بما علم من الدين بالضرورة. وليس كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً. ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجوازها ملتزماً ضوابطها الثابتة، ومتحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة الغراء بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال، وحيث أن البين من استقراء الأحكام التى بسطها الفقهاء.... أنه مختلف فيما بينهم فى العديد من مواضعها،

---

[1] الطعن رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١/٦.

إما لخفاء النصـوص المتعلقة بها من جهة اتسـاعها وتعدد تأويلاتها، وإما لتباين طرائقهم فى اسـتنباط الأحكام العملية فى المسـائل الفرعية والجزئية التى يدور الاجتهاد حولها – من النصوص وأدلتها، والترجيح بينها عند تعارضها، اختياراً لأصـحها وأقواها وأولها... وفى مجمل أحكامها وفيما خلا مبادئها الكلية لا ينتظمها نص قطعى يكون فاصلاً فى مسائلها...."[1].

ويبدو من هذا القضـاء الرشـيد المحكم ما وصـل إليه النظام القضـائى المصـرى من عميق فهم وواسـع إلمام بالقواعد الأصـولية الحاكمة للاسـتنباط والاسـتدلال للشـريعة الغراء، فضـلاً عن إلمامه وإحاطته بفروع ومذاهب الفقه الإسـلامى. والجدير بالذكر أننى اكتفيت بإلقاء الضـوء على القضـاء الدسـتورى فى المسـألة محل البحث باعتباره على رأس القضـاء فيما يتعلق بتقرير المبادئ الكلية والضوابط الدستورية التى يسير عليها القضاء المصرى بأسره. وقد سبق لنا فى بدايات هذا الباب الذى نرتحل بين جنباته. تتبع قضـاء محكمة النقض المصرية المستند إلى مبادئ الشريعة الغراء سواء أكان استناداً مباشراً أو غير مباشر أو على سبيل الاستئناس أو على سبيل التمهيد والحث للمشرع الوضعى والقضـاء الأدنى المتبع لها لتطبيق الشـريعة الإسـلامية الغراء تطبيقاً كاملاً. إلا أن ذلك لا يمنعنا من إعادة سرد مثال واحد من قضائها فى مجال القانون الجنائى حيث قررت الدائرة الجنائية من محكمة النقض أن "الشـارع لم يقيد القاضـى الجنائى فى المحاكمات الجنائية بنصـاب معين فى الشـهادة وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أى دليل يطمئن إليه... فإن تعويل الحكم المطعون فيه على شهادة شاهد واحد ليس فيه مخالفة للقانون....هذا فضلاً عن أن الجريمة الماثلة هى من جرائم التعازير فى الشـريعة الإسـلامية التى تثبت بشـهادة شـاهد واحد على خلاف جرائم الحدود والقصاص فى الشريعة الغراء"[2]. ومن المعروف أن القـانون الجنـائى هو أكثر الفروع القـانونيـة التى تحتـاج إلى تعـديلات لتوافق الشريعة الغراء.

وأضرب مثالاً أخيراً يبين منه مدى براعة المحكمة العليا فى تناول المسائل الشـرعية بصـورة لا تخلو من اجتهاد جديد اسـتخدمت فيه المحكمة أدوات الاجتهاد الشرعى، وأكملت بهذا الاجتهاد ما بدأه الفقهاء القدماء فى مسائل جدت فيها أمور لم تعرض عليه وكان لزاماً أن تستكمل باجتهادات شرعية جديدة. من ذلك ما قضـت به الدائرة المدنية لمحكمة النقض من أن التقاضـى فى الفقه

---

[1] الطعن رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/١/٦.

[2] الطعن رقم ٢١٧٠ لسنة ٥١ ق نقض جنائى جلسة ١٩٨١/١١/٤. والجريمة محل هذا الطعن هى إحراز مواد مخدرة .

الإســـلامى على درجة واحدة والأصـــل عدم رجوع القاضـــى إلا فى حالات استثنائية واردة على سبيل الحصـر ... ومن الثابت عدم إجماع فقهاء الشـريعة على الأخذ بمبدأ حجية الحكام على إطلاقه ... والاســـتثناءات تعد بإنعام النظر وجوهـاً لإعـادة النظر فى النزاع تقـابـل وجوه الطعن فى الأحكـام المقررة فى القوانين الحديثة..."[1]، وبذلك نستبين المدى الذى وصلت إليه محكمتنا العليا فى تقدير أحكام الشــريعة الإســلامية وإبرازها ومحاولة المواءمة بين ما تقتضــيه أحكامها وبين النصوص الوضعية بصورة توضح إصرار المحكمة العليا على إلزام القضاة المتبعين لها والمشرع الوضعى الذى ما انفك يحذو حذوها، وينزل على ما ترتئيه كلما دعته إلى إعادة النظر فى تشـــريع ما أو تعديل تشـــريع أو إصـدار تشـريع محدث فى مسـألة عرضـت لها، إصـرارها على إلزامهم جميعاً بالنزول على مقتضى أحكام الشريعة الغراء خاصة فى كلياتها والأمور المجمع عليها فيها.

وفى منحى آخر من مناحى تأثر محكمة النقض من حيث الشـــكل بطريقة فقهاء الشريعة الغراء فى طرائق الاستدلال والتسبيب نراها تصوغ مبادئها على شـــاكلة القواعد الفقهية وبالأســـلوب اللغوى الذى يســـهل تداول المبدأ، ويغدو كالقاعدة الفقهية من الممكن على القضـــاة ترديدها فى المواضـــع المناســـبة فى أحكامهم" من لا يجب سماعه لا تلزم دعوته"[2].

ومما لا شـك فيه أن حالات تأثر المشـرع الوضـعى بأحكام محكمة النقض فيما يســـن من قوانين حالات كثيرة يحتاج تتبعها الكامل وحصـــرها إلى بحث مستقل يتناول كافة صـور تأثير السـلطة القضـائية على السـلطة التشـريعية. وقد عرضت لنماذج وأمثلة من قضاء محكمة النقض الذى استبقت به المشرع ثم ما لبث أن انساق المشرع الوضعى لما ارتأته محكمة النقض ولدعوتها له الضمنية أحياناً والصـــريحة أحياناً، ومن ثم يصـــدر تشـــريعاته على هدى تلك المبادئ القضائية[3].

---

[1] الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٦٦ ق نقض جنائى جلسة ١٩٩٧/١١/١٠س ٤٨، ص ١٢٢٠.

[2] الطعن رقم ١١٩٧ لسنة ٣٩ ق نقض جنائى جلسة ١٩٧٠/٢/٩ س ٢١ ص ٢٤٨.

- الطعنان رقما ٣٦ و٦١ لسنة ١٥٤ ق ولسنة ٦٣ ق نقض جنائى جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٥ ص ٣٧٣.

[3] انظر فى عرض للمبادئ القضائية التى كانت سبباً فى صدور تشريعات أو تعديل لتشريعات قائمة الفصل الأخير من الباب الثالث من هذه الدراسة .

الباب الثانى

مناهج التفسير القانونى وتأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى

يشتمل هذا الباب على :

- الفصل الأول : المنهج اللغوى
- الفصل الثانى : المنهج المنطقى (الاهتمام بالمصلحة المحمية)
- الفصل الثالث : المنهج التاريخى (البحث عن الإرادة التشريعية خارج النص التشريعى)
- الفصل الرابع : مدارس التفسير ومذاهبه ومدى تأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى القانونى
- الفصل الخامس : فكرة التعارض وحلولها بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية وتطبيقات القضاء المصرى عليها فى ضوء المبادئ المستقاة من مدارس التفسير ومذاهبه

مناهج التفسير القانونى
وتأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى
مبحث تمهيدى

المدلول القانونى لمناهج التفسير

يقصد بالمنهج مجموعة الوسائل المتفق عليها، وذلك للوصول إلى نتيجة معينة، وفى النظرية العامة للقانون يعتمد تحديد المنهج على خليط من الأفكار التى تتعلق بمصادر القانون وغيرها من الأفكار التى تعين على تفسيره.

أما المنطق القانونى فهو أداة تطبيق المنهج القانونى على حالات واقعية معينة، فالمنهج يحدد الخلفية التى يتحرك المنطق على ضوئها، ولا شك فى الارتباط الوثيق بين المنهج القانونى والمنطق القانونى، فالمنهج القانونى يعين فى تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من حيث شكلها ومن حيث مضمونها، ويسهم المنطق القانونى بعد ذلك فى إعطاء الحل القانونى لحالات واقعية معينة، فالمنهج القانونى هو محرك النشاط القانونى كله، أما كيفية معالجة هذا لحالة واقعية معينة، فإنه يتحدد بمنطق معين[١].

وهكذا يتضح لنا أن المنطق القانونى هو أسلوب فكرى يعالج حالات واقعية للوصول إلى حلها القانونى، وأن هذا المنطق لا بد أن يكون فى إطار منهج قانونى يُعين فى تحديد الحل القانونى، فالمنطق يرتبط ويواكب دائماً المنهج، وإذا تطور المنهج بصورة ما تطور تبعاً لذلك المنطق المتبع وفقاً لهذا المنهج .

ولتوضيح فكرة اختلاف المناهج القانونية وأسباب اختلافها من ناحية وتطورها من ناحية أخرى، يمكن أن نقول مع جانب من الفقه أن القانون هو الإطار القاعدى للتعبير عن المصلحة الاجتماعية، فهناك قطبان يحكمان القانون هما القاعدة القانونية والمصلحة المحمية بالنص، وقد اعتمد رجال القانون فترة طويلة من الزمان على القطب الأول وهو القاعدة الواردة فى النص[٢]، فشاع الاعتقاد بأن تفسير القانون يعتمد على شرح المتن وتطبيق النص، وقد أدى ذلك إلى تفوق الشكل على الواقع الاجتماعى المعبر عن مضمون النص، وقد أدى استخدام القياس المنطقى فى تفسير النصوص وفقاً لهذا المنهج إلى جعل علم

---

[١] د/ محمد منصور سلطان : **وظيفة محكمة النقض فى التفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقها ، المرجع السابق** ، ص ٩٥ وما بعدها .

[٢] – د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٧٢ .

– أستاذنا د / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٤٩.

القانون علماً اســتنتاجياً يفترض العمل بأفكار قانونية جامدة، وهو منهج يؤدى إلى أن تصبح عبارة النص هى الأساس فى عملية التفسير، ونتجاهل فحواها أو روحها الاجتماعى المترتبة عليها، ولا يمكن مطلقاً الاعتماد على القياس فى هذا الإطار الشكلى للمنهج المذكور.

وواقع الأمر أن القواعد القانونية الجنائية خاصة تنظم المصالح الاجتماعية بواسطة الأفكار القانونية التى تقدمها، ولا يمكن لهذه الأفكار أن تخدم الغاية من القانون إلا إذا تكيفت مع الواقع الاجتماعى الحى وتطورت معه، فإرادة المشرع التى تضمنها النص مبدأ ليست جامداً محكوماً بالوقائع الاجتماعية المتوفرة وقت صدوره فحسب، بل هى إرادة متطورة بتطور الواقع الاجتماعى.

والقانون يهدف فى حقيقة الأمر إلى حماية المصـــالح التى تشـــبع حاجات المجتمع، فيجب عند تفسير القانون مراعاة هذه المصالح وتطور مضمونها، فإن هذا التطور لا يمس وحدتها ولا ذاتيتها، فالقاضـــى يواجه قانوناً واحداً مهما تعاقبت الأزمان وحدثت المتغيرات.

خلاصة الأمر أن المنهج القانونى السليم فى تفسير النصوص، كما يرى جانب من الفقه[1]، نؤيده هو الذى ينبع من المصلحة التى تحميها القاعدة القانونية لا من شكل هذه القاعدة، والرجوع إلى المصلحة المحمية بالنص يكون فى مقام تحديد إرادة المشرع. هذا ولا يجوز الامتناع عن اللجوء إلى الاستنباط لمعرفة معنى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فى ضـــوء المصـــلحة المحمية، فهذا الأسلوب أمر مسلم به فى العلوم الوضعية، على أنه يجب ملاحظة أن صحة الاستنباط تتوقف على صحة الظاهرة المراد تفسيرها أو تطبيقها، والخطأ هو الاعتقاد بأنه فى مسائل القانون يمكن استنباط القاعدة القانونية أو تفسيرها بغير حدود، إذ يجب على القاضى أن يجرى بحثاً دقيقاً على المصلحة المراد حمايتها لتفسير النص فى ضوء هذه المصلحة.

- **الخطوات المتتابعة للعملية التفسيرية :**

ويتبين من جماع ما تقدم أن أول خطوة من الخطوات العملية التفســيرية هى المرحلة اللفظية التى تتضـمن اسـتخلاص المعنى من الألفاظ وقواعد اللغة

---

[1] - د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٢٢٥ وما بعدها .

- د/ محمد منصور سلطان : **وظيفة محكمة النقض فى التفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقها ، المرجع السابق**، ص ٩٥ .

- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٣٠.

وفقهها ومنطقها، ويجب تكملة هذه المرحلة بمرحلة منطقية، وهى تتضـــمن اســـتخدام عدة عوامل فى الوصـــول إلى المعنى، وهذا هو العامل العقلى، أى البحث عن حكمة التشريع، والعامل التنسيقى، وهو مكان وموقع القاعدة القانونية من النظام القانونى بأكمله، والعامل التاريخى وعامل المبادئ العامة فى القانون، ويمكن إضـــافة العامل الاجتماعى تبعاً لهذه العوامل، و هذه العوامل جميعاً تتضامن كى يصل المفسر إلى الإحاطة بالإرادة التشريعية أو المصلحة المحمية من النص .

فمناهج التفسـير إذاً هى الوسـائل التى يمكن للمفسـر أن يسـتخدمها كلها أو بعضـها للوصـول إلى المعنى الصـحيح للنص، ويرى جانب من الفقه[1] أن عملية تفسير النصوص القانونية تمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى : يتم فيها تحليل ألفاظ النص تحليلاً لغوياً.

المرحلة الثانية : الهدف منها استظهار علة النص.

وكل من هاتين المرحلتين عند هذا الجانب من الفقه تكمل الأخرى، ويجب على المفسـر أن يسـتخدم وسـائلهما معاً للوصـول إلى معنى النص، ويرى هذا الفقه أن التحليل اللغوى لألفاظ النص بهذا المعنى يختلف عن الطريقة الحرفية فى التفسير، ذلك لأن الأخيرة طريقة قائمة بذاتها، كما سيتضح لنا، بينما التحليل اللغوى يعد خطوة أولى فى سـبيل الوصـول إلى مدلول النص، وذلك عن طريق تحديد المعنى الإجمالى لتلك الألفاظ[2].

ويرى بعض الفقه أن المفســر فقيهاً كان أو قاضـــياً له مطلق الحرية فى اختيار المنهج الذى يبدأ فى اســـتخدام أدواته وأســـاليبه التفســـيرية، أو يكتفى باستخدام أدوات هذا المنهج أو ذاك حسبما يفضى إليه اجتهاده[3].

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٣٠.

- Jean Pradel : Op. Cit. P. ٢٣٩ .

[2] د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق** ، ص٨٨ .

[3] د/ محمد منصـــور ســـلطان : **وظيفة محكمة النقض فى تفســـير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقها ، المرجع السابق** ، ص ١١٤ وما بعدها .

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن مناهج التفسير الثلاثة المعروفة فى الفقه المعاصر ليس ثمة انفصال تام بينهما فى الاستعمال، كما قد يبدو للوهلة الأولى، وإنما اتصال وثيق بينها إن لم يصل إلى حد وجوب إعمالها جميعاً[1].

وعلى ذلك فإنه كثيراً ما يلجأ المفسر إلى أكثر من منهج أو أسلوب لتفسير نص واحد، وكثيراً ما تتساند المناهج الثلاثة فى الوصول بالمفسر إلى حكم النص الذى يحاول تفسيره.

- **رأينا فى المسألة :**

ونحن نرى أن الرأيين الأول والأخير يكونان معاً نظرة متكاملة للمسألة المطروحة. فتداخل وتساند القواعد المنتمية لأكثر من منهج أمر مشهود من تحليل التفسيرات المختلفة للفقهاء والقضاة، إذاً فالناحية العملية تؤيده[2].

بيد أن المنطق والواقع الفقهى والقضائى كذلك يؤكدان على صحة القول بلزوم التتابع فى استعمال قواعد التفسير المنضوية تحت المناهج الثلاث. وذلك بحيث يبدأ المفسر قاضياً أو فقيها باستعمال أساليب المنهج اللغوى ثم يعضدها، إن لزم الأمر، بأساليب المنهج المنطقى ثم التاريخى. ذلك بأنه من غير المتصور أن يبحث المفسر عن معنى النص بتحديد المصلحة المحمية من ورائه بالبحث عن الحكمة التشريعية، والنظر مثلاً فى الأعمال التحضيرية إلا أن يكون ظاهر النص لم يسعفه فى بلوغ ذلك بالوسائل اللغوية. وعلى ذلك فلا يتصور الوثوب مباشرة على قواعد المنهجين المنطقى والتاريخى قبل الولوج الكامل فى المنهج اللغوى، واستخدام كافة مكناته ووسائله لتفسير النص. وتأكيداً لهذا المنحى التتابعى عند تفسير النصوص نسوق أحكام محكمة النقض فى أكثر من موضع فى هذا الباب من الدراسة .

---

[1] – د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٦٢ ، انظر المراجع الإيطالية المشار إليها والمؤيدة لذات الاتجاه ، ص٨٩٨ .

- د/ جميل الشرقاوى : **المرجع السابق** ، ص٢٠٣ : ٢٠٨ .
- د/ عبد المنعم البدراوى : **المدخل للعلوم القانونية** ، **المرجع السابق** ، ص٢١٥ وما بعدها .
- د / عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ص٥١٩ : ٥٢٦ .
- د/ توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص٣٠٤ وما بعدها .

[2] راجع تحليلاتنا التفسيرية لأحكام الهيئة العامة فى ختام هذا الباب حيث يتكرر هذا المعنى بصفة مضطردة.

- **خصوصية أسلوب اللجوء إلى مناهج التفسير فى مجال النصوص الجنائية :**

وأما عند تفسير النصوص الجنائية فيعد هذا الترتيب فى اللجوء للمناهج التفسيرية تقليداً ثابتاً فى الفقه والقضاء الجنائى على ما سيبين لنا فى جنبات هذا الباب من الدراسة.

ويعزى ذلك عندى إلى انعكاسات مبدأ الشرعية الجنائية على عملية تفسير النص الجنائى.

والجدير بالذكر أنه أياً ما كانت المدرسة التى ينتمى إليها المفسر، أو يفضل آرائها بالنسبة لأصل القانون وفلسفته، وسواء جنح ناحية المدرسة الشخصية أو إلى المدرسة الموضوعية، كما يفضل بعض الفقه أن يطلق عليها فإنه يتعين عليه أن يسير فى تفسيره للنص وفق أحد هذه المناهج الثلاثة، ألا وهى المنهج اللغوى أو المنهج المنطقى أو المنهج التاريخى، والذى يدمجه جانب كبير من الفقه فى المنهج المنطقى[١].

ويمكننا البناء على ما سبق وتفريع بعض النتائج فى المسألة على النحو التالى :

- **أفكارنا حول التداخل والتنوع بين أساليب المناهج عند استخدام المفسر لقواعدها فى مجال النصوص الجنائية:**

أولاً : التداخل عند البحث الفقهى لبعض قواعد المنهج:

ويمكننا فى هذا الصدد أن نسوق مثالاً على تداخل مناهج التفسير ليس فقط فى مرحلة إعمالها على النص المراد تفسيره، ولكن فى مرحلة الدراسة لقواعد تلك المناهج، وهى بالطبع تسبق مرحلة الإعمال.

---

[١] راجع المبحث التمهيدى من الباب التمهيدى ، وما عرضناه هناك من تنوع المصطلحات والتقسيمات فى مؤلفات علم التفسير بشكل مميز عن باقى العلوم القانونية .

والمثال المساق هو قاعدة الاستثـنـاء الضمـنى، فبينما يتوافر على دراستها جمهور الفقهاء باعتبارها ضـمن قواعد المنهج اللغوى، يراها نفر من الباحثين قاعدة من قواعد المنهج المنطقى[1].

والحق الذى نراه أن فى كلا الرأيين شـئ من الحقيقة العلمية، فإذا ما كانت المصـلحة المحمية فى النص ظاهرة من ألفاظ النص دون الحاجة للبحث عنها فى أغواره، فإن قاعدة الاستثناء الضمنى حينئذ بمضمونها المعروف ستستخدم باعتبارها من قواعد المنهج اللغوى. أما إذا كانت المصـلحة المحمية من النص المراد تفسيره يحتاج الكشف عنها إلى بحث عميق مما تتكفل به قواعد المنهج المنطقى، فإن اعتبار قاعدة الاسـتثناء الضـمنى من بين قواعده سـيكون هو الأقرب إلى الصواب.

ثانياً : اختلاف النتيجة التفسيرية رغم استعمال قواعد تفسير منتمية لذات المنهج:

ومن المتصـور اختلاف المفسـرين فى معنى نص معين رغم التزامهم بقواعد تفسير تنتمى لذات المنهج التفسيرى المستخدم. مثال ذلك ما يراه جانب فى الفقه من أن مدلول نص المادة ٣٠٩ مكرر من قانون العقوبات لا يشـمل حالة استراق السمع من غير استخدام إلى أقصى حد ممكن باستخدام ما تمليه قواعد المنهج اللغوى فى هذا الصدد.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أنه يجب دخول حالات اسـتراق السـمع دون اسـتخدام أجهزة ضـمن حالات التجريم، أخذاً بالمدلول اللغوى الظاهر فى النص وإعمالاً لإرادة النص البادية بوضوح، وهى حماية حرمة الحياة الخاصة، مما يجعل ترجيح المدلول اللغوى للألفاظ الذى يدخل هذه الحالـة فى نطاق التجريم هو الصواب .

وقد يكون الرأى الأخير والذى نراه جديراً بالتأييد، قد اسـتعمل قاعدة الاستثناء الضمنى، دون أن يصرح حين استبعد التفسير الذى يتعارض مع إرادة النص[2].

---

[1] راجع المبحث التمهيدى من الباب التمهيدى .

[2] راجع فى عرض الرأيين ، أستاذتنا د/ فوزية عبد الستار : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٧ .

ثالثاً: توحد النتيجة التفسيرية رغم اختلاف أساليب التفسير المستعملة والمنتمية لمناهج مختلفة :

ومن المتصور كذلك اتفاق المفسرين على معنى معين رغم الطريقة والأسلوب التفسيرى المختلف الذى يستخدمه كل منهم، مثال ذلك إجماع الفقه والقضاء من حيث النتيجة النهائية لعملية التفسير، على إدراج سرقة التيار الكهربائى ضمن صور الركن المادى لجريمة السرقة، غير أنه بإمعان النظر فى الأسلوب والمنهج التفسيرى المتبع للوصول إلى هذا التوسع الذى أفضى إلى دخول صورة سرقة الكهرباء ضمن الصور الممكنة للركن المادى لجريمة السرقة نجد تبايناً كبيراً يثرى البحث، ويؤدى إلى اتساع أفق الباحثين فى علم التفسير الجنائى بصفة خاصة .

فينما يرى جانب من الفقه المادة ٣١٨عقوبات كان نتيجة استخدام قواعد المنهج المنطقى، وما تشمله من وسائل إظهار علة النص والمصلحة المحمية. وما تتكفل به من اختيار المدلول اللغوى المناسب لحماية هذه المصلحة.

ومن ثم فإدخال الكهرباء ضمن (المنقولات) بمعناها الواسع التى يمكن أن تقع جريمة السرقة عند الاعتداء على ملكيتها بالاختلاس، لا يعد تجاوزاً لقواعد المنهج المنطقى والمنهج اللغوى، ولا يعتبر بالتالى خروجاً عن قاعدة الشرعية الجنائية بالمفهوم الشائع لدى هؤلاء الفقهاء، والذى يحظر استخدام القياس فى مواد التجريم، ولكنه لا يرى حظر التفسير الصحيح للنص لمجرد كونه واسعاً من حيث نتيجته التفسيرية.

بيد أننا نرى أن التوسع المشار إليه فى تفسير نص المادة ٣١٨ عقوبات هو فى حقيقته قياس كامل الأركان، ويخرج فى نتيجته النهائية عن نطاق التفسير المستند إلى قواعد المنهج المنطقى واللغوى، وإن كان يبدأ منهما[١].

رابعاً : الصلة التكاملية بين مناهج التفسير:

---

[١] وكان لمحكمة النقض فضل السبق فى تطوير مفهوم المنقول فى جريمة السرقة فى خصوص سرقة المكالمات التليفونية بالإضافة لمسألة سرقة التيار الكهربائى ، يراجع فى بسط الآراء المختلفة فى المسألة فى مصر وفرنسا وإيطاليا .

– أستاذنا د / مأمون سلامة : **شرح قانون العقوبات القسم الخاص** ، **المرجع السابق** ، ص ٢٢٧.

– وانظر فى رأينا المقترح بشأن القياس فى مسائل التجريم والعقاب بصفة عامة والمسألة المشار إليها ، الباب الثالث من هذه الدراسة .

وبعد هذا العرض لجوانب مختلفة لفكرة الصلة بين مناهج التفسير، فإنه قد تأكدت لنا الصلة التكاملية بين تلك المناهج لكى تؤدى الدور المؤمل من عملية التفسير، ألا وهو التطبيق الصحيح للنص سواء قصدنا الصحة اللغوية أو المنطقية، أو من جهة تحقيق العدالة كما يفهمها المجتمع الذى يطبق فيه النص محل التفسير.

وتلك الصلة التكاملية بين مناهج التفسير لإتمام العملية التفسيرية على وجهها الصحيح ثابتة دوما عند الفقه والقضاء، ولا تتأثر بالخلاف الذى سردناه حول لزوم تتابع استعمال قواعد تلك المناهج، وهو ما رجحناه، أو تزامن استعمال قواعد تلك المناهج بداءة، أو الاختيار الحر من قبل المفسر بين أى منها.

الفصل الأول
المنهــج اللغــوى

- **تمهيد:**

إذا كان لكل علم مصـــطلحاته الخاصـــة به، فإن علم اللغة بما يحويه من قواعد النحو والبيان والصـــرف والبديع وغيرها من الفروع عام بالنســـبة لكل العلوم[1]. إلا أنه يلاحظ أن المؤلفات الفقهية القانونية العربية لم تتضـــمن ســـوى إشارات عابرة للتحليل اللغوى لألفاظ النص، وذلك راجع إلى عدة أسباب، أهمها أن دراســة تفسـير النصـوص الجنائية كموضـوع من موضـوعات القسـم العام لقانون العقوبات، أو دراسـة التفسـير بصـفة عامة ضـمن موضـوعات النظرية العامة للقانون أمر لا يتيح الفرصة للتعرض لهذا الجانب بالتفصيل المطلوب بل والضـروري، كما أن الفقهاء العرب قد رأوا أن مؤلفات أصـول الفقه الإسـلامى فى هذا الصدد تكفى بحيث لا يكون هناك فائدة من تكرار ما ورد بها[2].

ويمكن للقاضــى أو الفقيه الرجوع إليها مباشـرة فى هذا الخصـوص، وقد صـارت على هذا النهج محكمة النقض فى مصـر فقد أخذت بالقواعد الأصـولية اللغوية التى قررها فقهاء أصـــول الفقه الإســـلامى فى العديد من أحكامها، كما سيبين فى القسم التطبيقى من هذه الدراسة بالتفصيل.

هذا وقد عنت أبحاث ودراســات كثيرة فى الفقه العربى المعاصــر بإحياء وشـرح الجانب النحوى والصـرفى من القواعد اللغوية المتعلقة بعلم التفسـير فى مؤلفات أصول الفقه الإسلامى، وجعلته فى متناول القضاة والفقهاء[3].

وقد رأينا لذلك أنه من الأجدر التعرض لقواعد وأساليب المنهج اللغوى فى التفســـير دون الخوض فى القواعـد اللغويـة النحويـة منهـا إلا بـالقـدر اللازم والمناســب لطبيعة البحث، وتحقيقاً للهدف الذى نبتغيه وامتثالاً للمنهج الذى آلينا

---

[1] فكما يقول جانب من الفقه بحق "إنه لا توجد قواعد نحوية وأخرى طبية " .

- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٢ .

[2] – وقد صرح جانب من الفقه بأنه يتبع فى طرق التفسير فى القانون منهج الأصوليين من فقهاء الشريعة الغراء، وعزى ذلك إلى أن لغة القانون هى اللغة العربية .

- د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٤٤ .

[3] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٣١ ، ٢٦٢ وما بعدها .

على أنفسـنا اتباعه فى هذه الدراسـة، وأخيراً لكى نتمكن من إضـافة جهد جديد وغير مسبوق فى الفقه القانونى والشرعى المعاصر.

ونحن نعتقد أن هذا البعث والإحياء والصياغة الجديدة لعلم أصول الفقه بفروعه المختلفة ومسـائله المتنوعة، هو التمهيد العلمى السـليم والإعداد الأمثل للملكات القانونية القادرة على تطبيق صـحيح وكامل للشـريعة الغراء. تطبيقاً يبدد ظلمات التطبيقات المغلوطة والمشوهة، وما استتبعها من قناعات خاطئة لدى بعض الخاصة والعامة عن معنى وجدوى تطبيق الشريعة الغراء، وقد نتج عن تلك التطبيقات القاصـرة كذلك مخاوف وهمية على الحريات تارة وعلى الأقليات تارة أخرى. وقد حاولنا أن تكون هذه الدراسـة لبنة فى صـرح التمهيد المسـتنير لتطبيق الشـرع الحنيف، والذى سـبقتنا الدراسـات القيمة المشار إليها فى بدأ تشييده.

المبحث الأول

ماهـــية المنهـــج اللغـــوى

المطلب الأول

تعـريف المنهـج اللغـوى

المنهج اللغوى للتفســير هو ما يطلق عليه التفســير اللفظى للنص، وهو استنباط المعنى من ألفاظ النص وفقاً لوضعها فى اللغة[1]، ويجب على المفسر فى تفســيره اللغوى أن يســتند إلى المعانى اللغوية للكلمات، وأن يأخذ فى الاعتبار تراكيب الكلام فى اللغة، ويجب على المفســر أن يعرف المعنى الخاص بتطوير اللغة، باعتبار أن اللغة جهاز متطوراً مستمر التطور، ويستعين فى ذلك بالعامل التاريخى حيث يجب أو يوضــع فى الاعتبار الجمهور الأصــلى الذى وجه إليه ذلك الخطاب.

والأصل أن الألفاظ يجب أن تفهم طبقاً لما تدل عليه فى اللغة من المعانى، ولكن فى كثير من الأحيان يكون للفظ معنى اصطلاحى علاوة على معناه اللغوى، وهنا يجب التقيد بالمعنى الاصطلاحى مثل ذلك لفظ الزنا، فالمقصود به العلاقة المحرمة التى يكون أحد طرفيها متزوجاً، بخلاف المعنى اللغوى الذى يدل على كل اتصال بين رجل وامرأة، وعلى المفسر ألا يفهم كل لفظ على حدة ولا كل عبارة من عبارات النص مستقلة عن غيرها، بل يجب عليه بعد تفهم الألفاظ والعبارات استخلاص المعنى من مجموعة عبارات النص، وارتباط كل منها بالأخرى.

وبعد فهم النص عن طريق فهم ألفاظه يمكن بعد ذلك أحياناً اســتخراج الحكم القانونى مباشــرة، ودون اللجوء لقواعد منهج تفســيرى آخر، ويتحقق ذلك عن طريق نفس ألفاظ النص وهيئته التركيبية، وهى التى تسمى دلالة المنطوق، ويقصــد بها دلالة اللفظ على حكم شــئ مذكور فى الكلام، وهذا الحكم قد يســتفاد من النص إما عن طريق عبارته أو عن طريق إشــارته، ومقتضــى إشارة النص المعنى الذى لم يقصــد الشــارع إليه من إبراز النص، ولكنه مع ذلك معنى لازم للنص لا ينفك عنه، فإشـــارة النص هى دلالة على معنى إلزامى لم يقصــد من

---

[1] يراجع فى تفصيلات المنهج اللغوى :

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٦١ ، ٣٥٨ .
- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٣١ ، ١٣٢ .

الكلام أصلياً، وهو ما يحتاج فى إدراكه إلى شئ من التأصيل، والنظر لعدم كونه المعنى المتبادر إلى الذهن بمجرد قراءة النص.

المطلب الثانى
قواعد المنهج اللغوى
بين الشريعة الغراء والقانون الوضعى

- **التميز العلمى الكبير للفقه الأصولى الإسلامى على الفقه الغربى بصدد دراسة أساليب المنهج اللغوى :**

إذا كانت قواعد المنهج اللغوى، كما أسلفنا البيان، هى الأساس والمرتكز الذى يتعين على المفسر قاضياً كان أو فقيهاً أن يبدأ بها عند النظر فى النصوص بغية تفسيرها، إذا كان ذلك كذلك فإن الفقه الإسلامى الأصولى قد أسدى للفقه القانونى المعاصر العربى والغربى بما تركه علماؤه الأجلاء من أبحاث، ولآراء معمقة فى علم التفسير بصفة عامة، والمنهج اللغوى بصفة خاصة[1].

والجدير بالذكر أننا لا نجد فى الفقه المقارن ما يدل على اهتمام هذا الفقه بالقواعد اللغوية التى تعين على تحليل ألفاظ النصوص، وإن كان البعض قد تحدث عن التفسير اللغوى ووصفه بأنه لا يختلف عن التفسير الذى يحدث يومياً بين أفراد الأسرة الواحدة وبين الأصدقاء.

ويرى "جينى" أن التشريع ليس سوى الإرادة الصادرة عن شخص أو مجموعة من الأشخاص مصوغة فى شكل معين. ولذا فإن تفسيره يتمثل فى البحث عن الإرادة التشريعية بمساعدة الصيغة التى توضحها .

وهذا التحديد منتقد لأنه يقصـــر التفســـير اللغوى على النص الغامض أو الناقص فى حين أن تحديد معنى ألفاظ النص يشـمل النص الواضـح أيضـاً كما سبق البيان[2].

---

[1] انظر فى تأثر الفقه الغربى الحديث بآراء علماء أصول الفقه الإسلامى المبحث الخاص بذلك فى الباب الأول.

[2] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٣١ وما بعدها .

- P. Scholten, “ l’Interpretation de la Loai et la Justice” , Annales de L’Institue de Droit Compare de L’Universite de Paris I , ١٩٦٣ . p. ٢.

مشار إليه برسالة د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص١٣٢ .

وإذا كان ثمة بحث وحيد يتخذ من التفسـير الحرفى عنوان له، إلا أنه لم يخصص للتفسير اللغوى سوى فصل عرض فيه لتحديد المقصود بالتفسير اللغوى، وقرر مؤلفه بأنه يهدف إلى تحديد المعنى الحقيقى لنص غامض، أو متناقض، أو ناقص باستخدام اللغة وقواعد النحو، وقد تعرض هذا البحث الوحيد فى الفقه المقارن لتحديد عناصر التفسير اللغوى، والتى تتمثل فى القواعد النحوية، عامة ودلالاته، ولكن بطبيعة الحال بشكل مقتضب وقاصر إذا ما قورن بالعناية التى أولاها الفقهاء المسلمين لهذا الجانب من قواعد التفسير[1].

[1] Haba, Enrique-Pedro, “ langage Juridique et interpretation littera le”.p. ١٨٣ et ١٨٤

– انظر بصفة خاصة الفصل الخاص la nation de methoae litterale ، أول من أشار إليه فى الفقه المصرى الجنائى د / محمد سليم العوا .

المبحث الثانى

القواعد العامة الضابطة

لعمل المفسر طبقا للمنهج اللغوى

قد برزت فى القضاء والفقه مجموعة من القواعد التى يستند إليها القاضى أو المفسر بوجه عام لتحديد معنى النصوص عند تفسيرها، أو عند تطبيقها على الوقائع التى تحكمها، وهذه القواعد معظمها ينطبق على النصـــوص الجنائية ، ويمكن إجمالها على الوجه التالى:

أولاً : أن القاضى أو المفسر له أن يستعين بما شاء من وسائل التفسير اللغوى التى تساعده على تحديد معنى الكلمات الواردة فى النص الجنائى.

ثانياً : فهم الكلمات فى ضوء سياق النص.

ثالثاً : إن التفســـير بالمعيار اللغوى يهدف إلى فهم النص ليس فى تراكيبه اللغوية فقط ، ولكن طبقاً للبناء المنطقى للنص.

رابعاً : يجب ألا يقتصـر الأمر على معرفة المعنى بالصـورة التى كانت عليها وقت وضـــع النص، ولكن المعنى الخاص بتطورها باعتبار اللغة جهازاً متطوراً مستمر التطور.

خامســاً : أنه قد يؤدى إعمال القواعد اللغوية على كامل النص إعطاء كلمة معينة معنى فنى غير معناها اللغوى ويكون الأول (الاصــطلاحى) هو الذى يجب أن يعول عليه المفسر دون المعنى اللغوى الأصلى .

سادساً : تفسير الكلمات ذات الدلالة العلمية ؟

سابعاً : الألفاظ تنطبق على ما تمثلها معانيها.

ثامناً : ثبات معنى الكلمة الواحدة فى القانون الواحد .

تاسعاً : المعنى القريب الواضح هو المقدم فى فهم النصوص الجنائية .

عاشــراً : وحدة معانى الكلمات فى الفروع المختلفة، وأخيراً قاعدة النص الغامض لا يفسر فى غير صالح المتهم .

وسنوالى هذه القواعد التفسيرية بشئ من البيان المناسب للغاية من هذه

الدراسة على النحو التالى:

١- حرية البحث فى المعنى اللغوى لألفاظ النص :

أن القاضى أو المفسر له أن يستعين بما شاء من وسائل التفسير اللغوى التى تساعده على تحديد معنى الكلمات الواردة فى النص الجنائى، فله أن يستعين بمعاجم اللغة أو المؤلفات العلمية والفنية فى المجالات التى يشيع فيها استعمال الكلمات المراد تفسيرها، ولا تثريب على القاضى إذا توصل إلى معنى لغوى للنص مستعيناً بأى من هذه الطرق، أو إذا اكتفى بمعرفته الشخصية للمعنى اللغوى ما دام المعنى الذى توصل إليه مقبولاً وسائغاً[١].

٢- فهم الكلمات فى ضوء سياق النص :

فيجب أن تفهم الكلمات الواردة فى النص القانونى فى ضوء المعنى الذى يعبر عنه سياق النص ويتفرع على هذا المبدأ أمور، أولها: أنه لا يجوز أن يفسر كل كلمة على حدة، وثانى مقتضيات هذا المبدأ: أنه يجب أن يأخذ فى الاعتبار تراكيب الكلام فى اللغة بحيث يفسر كامل النص الذى وردت فيه الكلمات.

وقد يحدث صعوبة فى فهم بعض العبارات، وهنا يمكن التغلب عليها، كما يقرر جانب من الفقه بإحدى طريقتين: إما إدخال الجزء غير المفهوم بين ما سبقه، وما يلحق به بصورة يجمع بها المفسر ذلك النص، أو أن يتم تحليل الجزء الغير مفهوم إلى عناصره حتى يمكن بعد ذلك إدماجه فى المعنى العام للنص، ويكون وحدة لا تتجزأ[٢].

٣- النظرة الكلية لمفردات وعبارات النص محل التفسير :

إن التفسير بالمعيار اللغوى يهدف إلى فهم النص ليس فى تراكيبه اللغوية فقط ولكن طبقاً للبناء المنطقى للنص كمجموع وبناء تحليلى للفكر المعبر عنه.

- **ملاحظة هامة :**

لقد تبين لنا أن محكمتنا العليا تكثر من إعمال المبدأين السابقين بجانب العامل التنسيقى الذى هو من أساليب المنهج المنطقى. وذلك بالجمع الرشيد

---

[١] Salmand jurisprudence op . Cit. p. ١٣٣.

[٢] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٣٥٨ .

بين هذه الأساليب التفسيرية المختلفة والمتباينة فى المناهج التى تنتمى إليها. من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه "الأصل أن القصد الجنائى من أركان الجريمة.. ولا يصح القول بالمسئولية المفترضة .. وإلا إذا كان استخلاصها سائغاً عن طريق استقراء النصوص القانونية وتفسيرها بما يتفق وصحيح القواعد والأصول. ولو شاء المشرع افتراضها لنص على ذلك كما فعل فى القانون رقم ولكن المفهوم اللغوى لعبارة النص هى"[1].

وقضت المحكمة الموقرة كذلك بأن "... عن سياق النصوص... واستقراء النصوص... وترادف العبارات... فى المواد ٢٠٦، و٢٠٦ مكرر، و٢٠٨ من قانون العقوبات... تدل على أن المشرع أراد المغايرة فى الحكم بين..."[2].

وتبدو أهمية هذا القضاء فى تصريحه بالأسلوب التفسيرى الذى يسير عليه قبل شروعه فى التفسير ذلك بأنه فى كثير من الحالات تقوم المحكمة الموقرة بالتفسير مباشرة دون أن تستهل تفسيرها ببيان الأسلوب الذى ستفسر النص مدار حكمها على هديه. وفى هذا الحكم أيضاً ما يدل على صحة فكرتنا السابق عرضها فى مطلع الباب حول التداخل الحتمى بين أساليب المنهجين اللغوى والمنطقى فى كثير من الحالات. وهذه الحتمية إنما نقررها لأنها السبيل الأوحد للوصول إلى تفسير صحيح للنص فى كثير من الأحيان.

٤- تأثير التطور الزمنى على مدلول مفردات اللغة :

يجب ألا يقتصر الأمر على معرفة المعنى بالصورة التى كانت عليها استعمالات الألفاظ وقت وضع النص، ولكن المعنى الخاص بتطورها باعتبار اللغة جهازاً متطوراً مستمر التطور، وباعتبار الخطاب (النص) فى تطور اللغة. ومن ثم نجد أن المفسر المتتبع لقواعد المنهج اللغوى عليه مع التسليم بتطور اللغة أن يتخذ اتجاهاً تاريخياً . فيجب أن يوضع فى الاعتبار الجمهور الذى وجه إليه الخطاب[3].

---

[1]- الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٣ / ٤/ ١٩٧٤ س ٢١ ص ٥٨٦ .

- الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٧ / ٣/ ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٢٨٠. وفيه قررت المحكمة الموقرة "أنه يبين من استقراء النصوص ... والمستفاد من صريح عبارات النصوص ... " . وقد قارنت المحكمة الموقرة فى هذا الحكم بين صياغة أكثر من سبعة مواد من قانون العقوبات لكى تفسر النص مدار حكمها .

[2] - الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٩ / ١٢/ ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٤٦٧ .

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، ص١٦٦ .

ونحن نرى مثالاً جلياً إعمال هذا المبدأ فى تفسير المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض لألفاظ مثل "نظام الحكم" فى نصوص قانون العقوبات والذى تغير مضمونه بشكل كامل عما كان تمليه وقت وضع النص[1].

٥- تقديم المعنى الاصطلاحى على ما سواه من معانى النص :

أنه قد يؤدى إعمال القواعد اللغوية على كامل النص إعطاء كلمة معينة معنى فنى غير معناها اللغوى، ويكون الأول (الاصطلاحى) هو الذى يجب أن يعول عليه المفسر دون المعنى اللغوى الأصلى.

ومن الأمثلة على ذلك التى يوردها الفقه كلمة (أخفى) الواردة فى نص المادة ٤٤ مكرر من قانون العقوبات المصرى التى تحدد عقاب كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جناية أو جنحة....الخ، فهى لا تفهم بالمعنى اللغوى للإخفاء، وهو أن يبعد الجانى الأشياء المشار إليها عن أعين الناس، ويحول بينهم وبين رؤيتها، وإنما يعنى النص بالإخفاء هنا مفهوم فنى يستقيه المفسر من كامل عبارة النص، وهو حيازة الأشياء المشار إليها، ولو كانت هذه الحيازة معلنة على مرأى من الكافة. وبناءً على ذلك يعتبر إخفاء لأشياء مسروقة، شراء تاجر لبضائع مسروقة وإعادة بيعها فى متجره لترغيب الجمهور فى شرائها، وكذلك يعتبر من هذا القبيل شراء شخص علماً مسروقاً وتعليقه على متجره أو بيته احتفالاً بعيد قومى.

وكذلك من الأمثلة التى يسوقها الفقه لفظ "دخل" الوارد فى المادة٨٠ فقرة ٣من قانون العقوبات المصرى، والتى تعاقب كل من دخل حصن أو إحدى منشآت الدفاع أو معسكر أو مكان........الخ ، فلفظ دخل هنا يتجاوز المعنى اللغوى الذى لا يستوجب وجود باب أو أسلاك شائكة أو حاجز يجتازه الشخص المرتكب للجريمة المنصوص عليها فى المادة إلى معنى فنى لا يستلزم وجود مثل هذا

-الطعن رقم ٦٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٤ / ٣/ ١٩٣٢ مجموعة عمر ج ٢ ص ٤٦٩ . وفيه قررت المحكمة الموقرة " أن عبارة " نظام الحكم " تصدق لغة على أساسه الإجمالى الوارد بنص الدستور ... ".

- قارن تطور المدلول القانونى لنظام الحكم :
- الطعن رقم ٧٨٨١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١١ / ١٠/ ١٩٩٠ س ٤١ ص ٨٩٩ .
- الطعن رقم ٥٩٠٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٢ / ٢/ ١٩٨٧ س ٣٨ ص ٢٥٢ .

[1] وانظر فى تفصيل هذا المثال بالفصل الأخير من الباب الثالث .

الحاجز أصلاً، بل ويشمل من دخل إلى أى من الأماكن المذكورة فى النص بطريقة مشروعة، ولكنه رفض الخروج منه عندما طلب إليه ذلك[١].

- **وجود الحالة المقابلة لهذا المبدأ بصـــورة نادرة فى قضـــاء محكمة النقض:**

وأما عكس هذا المبدأ وهو ترك المعنى الاصطلاحى والأخذ فى التفسير بالمعنى اللغوى فهو وإن كان نادراً إلا أنه متصور. وفى هذه الحالة الاستثنائية لا بد من وجود قرائن يستند إليها المفسر تبريراً لتركه المعنى الاصطلاحى للفظ وأخذه بالمعنى اللغوى. من ذلك ما قضت به محكمة النقض الموقرة من أنه "البين من استقراء النصوص أن المراد بلفظ العلامة فى المواد ٢٠٦، و٢٠٦ مكرر، و٢٠٨ من قانون العقوبات النصوص يدل ... أن المشرع إنما أطلق لفظ العلامة لغة من قبيل الاشتراك فى الاسم فقط دون المعنى الاصطلاحى المنضبط فى القانون ..، وهذا النظر يدل على أن المشرع أراد المغايرة بينها فى الأحكام..."[٢].

ومن أمثلة تطبيق هذه القاعدة فى القانون الإنجليزى استبدال المشرع لفظ باطل بمعنى قابل للإبطال، فقد ذهبت المحاكم الإنجليزية فى حالات كثيرة إلى تفسير لفظ باطل بمعنى قابل للإبطال، على الرغم من الاختلاف البين بينهما لغوياً تحقيقاً لمفهوم النصوص القانونية التى ورد فيها هذا اللفظ، وحول معناها ومدلولها اللغوى إلى معنى فنى خاص[٣].

٦- تفسير الكلمات ذات الدلالة العلمية :

وفى ذلك يتفق الفقهاء على أنه إذا استعمل المشرع ألفاظاً ذات دلالة عملية معينة، فإن الفقه يجعل من المبادئ المستقرة فى المنهج اللغوى أن تفسير هذه الألفاظ فى ضوء معطيات الأمور المتعلقة بها، وعلى النحو الذى كان سائداً لدى المختصين فى تلك العلوم وقت وضع النص المراد تفسيره.

ومن الأمثلة المساقة على ذلك أن المحاكم البريطانية استندت إلى هذه القاعدة من قواعد المنهج اللغوى للتفسير عند تفسيرها لعبارة الضريبة المباشرة، فاستندت

---

١ د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق**، ص٣٦٥.

٢ – الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٩ / ١٢/ ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٤٦٧ .

٣ د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق**، ص٩٣ .

إلى كتاب الاقتصاد السياسى لجون استيوارت ميل لتفسيرها، مقررة أن واضع القانون الذى وردت فيه سنة ١٨٦٧ كان ملماً بطبيعة الحال بالمفاهيم الاقتصادية السائدة وقت صدوره، وأنه عندما استعمل عبارة ذات دلالة اقتصادية كان يرمى لإعطائها فى مجال التطبيق القانونى ذات الدلالة التى لها فى مجال علم الاقتصاد[١].

٧- الألفاظ تنطبق على ما تمثلها معانيها :

وهو ما يعنى أن انطباق الألفاظ التى يستعملها المشرع للتعبير عن أشياء معينة تشبه غيرها مما يشترك معها فى عناصرها الأساسية، يمكن أن يعبر عنه بذات الألفاظ حتى ولو لم يكن معروفاً عند وضع النصوص.

وتجدر ملاحظة أوجه التشابه والاختلاف وأوجه التداخل عند إعمالها مجتمعة من جهة، ومن جهة أخرى الفارق بينها وبين قواعد المنهج المنطقى المتعددة، والتى تؤدى إلى تفسير واسع للنص. وهو ما سيتضح لنا عند النظر فى التطبيقات القضائية على استعمال قواعد المنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير.

وترمى هذه القاعدة إلى بسط الحماية القانونية، على وجه الخصوص الحماية الجنائية، على نتائج حركة الاختراع والاكتشاف التى تمد العالم كل يوم بآلات وأدوات جديدة لم يدر بخلد واضعى النصوص حمايتها أو شمولها بما يضعونه من قواعد قانونية.

وتطبيقاً لهذه القاعدة قضى فى بريطانيا بأن القانون الذى يحمى الملكية الفنية لأعمال النحت يشمل أيضاً التصوير الفوتوغرافى، رغم كونه لا يعتبر نحتا بالمعنى الدقيق فلم يكن قد عرف عند صدور القانون الخاص بحماية الملكية الفنية للنحت سنة ١٧٣٤ . وكذلك قضى فى إنجلترا بأن الحماية التى تفرضها القوانين الخاصة بأعمال البرق اللاسلكى تشمل وسائل الاتصال الهاتفية، على الرغم من أن الاتصال الهاتفى لم يعرف إلا بعد صدور القوانين المنظمة لذلك[٢].

---

[١] **المرجع السابق مباشرة** ، ص٩٤ .

. انظر على سبيل المثال الحكم الصادر فى قضية

- Atlantic Smare Shops ltd. ,١٩٤٣ – A – C. ٥٥٠ (p.c). –

مشار إليه عند د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، نفس الموضع .

[٢] مشار إلى هذه الأحكام بمؤلف د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٩٤ .

حكم صادر سنة ١٨٨١ ومشار إليه فى المصدر السابق ص١٣٤ Attgeneral v . edison telephone co

وعلى هدى من هذه القاعدة يقرر جانب من الفقه العربى[1]أن الحماية الجنائية التى يبسطها المشرع على وسائل النقل العامة بتشديد العقوبة على السرقة الواقعة فى إحدى هذه الوسائل تشمل ما هو معروف ومستعمل منها اليوم، وما قد يخترع ويستعمل فى المستقبل[2].

٨- ثبات معنى الكلمة الواحدة فى القانون الواحد :

من القواعد المستقرة فى الفقه المقارن ضمن قواعد المنهج اللغوى فى التفسير قاعدة مؤداها أن وحدة المعنى يجب أن تتوافر فى القانون الواحد، فالأصل فى الكلمة الواحدة التى ترد فى القانون الواحد أنها ذات معنى واحد. وعلى هذا المبدأ نصت أحكام محكمة النقض إذ قررت.

أما إذا كان السياق يبين بوضوح اختلاف معنى الكلمة الواحدة فى ذات القانون، لأن المشرع انتقل إلى معالجة موضوع آخر، فإن للقاضى أن يفسر الكلمة حسب ما يقتضيه السياق[3]. ومن أمثلة ذلك اختلاف معنى لفظ (اختلاس)، ففى نص المادة ٣١١ق .ع مصرى ورد تعريف السارق بأنه كل من أختلس منقول مملوك للغير فهو سارق، بينما جرمت المادة ٣٤١ق.ع خيانة الأمانة معبرة عن ركنها المادى بقولها "أختلس أو أستعمل أو بدد"، فالاختلاس المكون للسرقة معناه إنهاء السارق لحيازة المال المعتدى عليه، وإنشاء حيازة جديدة ومستقلة عن الأولى له أو لغيره بدون رضاء المجنى عليه"، أما الاختلاس المكون للركن المادى فى جريمة خيانة الأمانة"، فهو كل فعل يخرج به الأمين المال المؤتمن عليه من حيازته متى دل عن قصد تغيير الحيازة من حيازة ناقصة لحساب الغير إلى حيازة كاملة مقترنة بنية التملك"، وبغير التسليم باختلاف معنى لفظ الاختلاس فى جريمة السرقة عنه فى جريمة خيانة الأمانة ينهار أساس التفرقة بينهما.

---

[1] د / عبد الفتاح مصـــطفى الصـــيفى : **قانون العقوبات اللبنانى جرائم الإعتداء على أموال الدولة** ، بيروت ١٩٧٣، ص ٣٠٤ .

[2] د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **شرح قانون العقوبات الليبى ، القسم الخاص (جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال)** ، بيروت ، ١٩٧٣.

[3] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٩٥ .

-Bassiauni m Op. Cit, p. ٦٤

٩- المعنى القريب الواضح هو المقدم فى فهم النصوص الجنائية :

من القواعد التى تندرج ضمن قواعد المنهج اللغوى قاعدة أن التفسير يجب أن يكون وفق المعنى الواضح المعقول فى النص، بمعنى أنه يجب أن يكون تفسير النصوص وخاصة الجنائية مقيدة بالمعنى الواضح والمعقول لكلمات النص، فلا يجوز التضييق من مجال إعمال المعنى الواضح للنص أو التوسع فى إعماله. وقد اضطرت أحكام محكمة النقض على ترديد هذه القاعدة التفسيرية الضابطة لعمل القاضى عند تفسيره للنصوص الجنائية كما لو كانت المحكمة العليا تلقنها تلقينا للمحاكم الخاضعة لرقابتها[١].

ويستثنى من قاعدة تطبيق النص بمعناه الواضح حالة ما إذا كان الأخذ بهذا المعنى يؤدى إلى نتيجة لا يتصور أن تنصرف إليها إرادة النص. وهى القاعدة المسماة بالاستثناء الضمنى والتى سنواليها شرحاً[٢]فى المبحث التالى لأهميتها من وجهة نظرى فى مجال التفسير القضائى للنصوص الجنائية. غير أنه من الجدير بالتنويه أن إعمال هاتين القاعدتين يستوجب الوقوف على إرادة المشرع، ومدى انصرافها إلى معنى معين. وهو ما جعل رأى سديد فى الفقه يدرج القاعدة الأصلية ضمن قواعد المنهج المنطقى.

والحق الذى نراه[٣]أن الأمر يتوقف على مدى وضوح إرادة المشرع، وما إذا كان استجلاؤها يحتاج إلى استخدام وسائل المنهج المنطقى، أم أنها بادية من غير حاجة إلى البحث والتنقيب. ومن ثم فقد أخذنا بخطة ذلك الجانب من الفقه، وأشرنا إلى بعض تفاصيل هذه القاعدة المتناسبة مع قواعد المنهج المنطقى عند دراستنا لها .

١٠- وحدة معانى الكلمات فى الفروع المختلفة :

---

[١] – الطعن رقم ٢٦٧٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ٢ / ١٢/ ١٩٦٢ س ١٣ ص ٥١٨ .

– الطعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٨ / ١٠/ ١٩٨٢ س ٣٣ ص ٨١٧ .

[٢] La Fave & Scott op cit, p.٧١

[٣] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية ، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ٣٦٩ .

- د / محمود نجيب حسنى : **الجرائم المضرة بالمصلحة العامة** ، **المرجع السابق** ، ص ٦٠ .

تعد هذه القاعدة تكميلاً لقاعدة ثبات معنى الكلمة فى القانون الواحد، وهى المعبرة عن أحد جوانب وحدة النظام القانونى بصفة عامة. ذلك بأن وحدة النظام القانونى تبدأ بوحدة الألفاظ والمصطلحات المكونة للقانون. ومن ثم تأتى الحلقة التالية متمثلة فى وحدة تفسير تلك النصوص، وهو ما تضطلع به محكمة النقض. وبناءً على ذلك فإن الأصل فى تفسير النص الجنائى أن يلتزم المفسر بالمعنى الفنى للألفاظ حسب استعمالها فى فروع القانون الأخرى، ذلك أن النظام القانونى تعمل فى داخله فروع أخرى متعددة تهدف كلها إلى تحقيق الصالح العام، باعتباره الغاية من النظام القانونى فى شموله وتكامله، وهو ما يقتضى إزالة ما قد يعرض من تضاد أو تضارب بين النصوص المختلفة فى فروع القانون المتعددة، وهذه القاعدة تعين المفسر على تحقيق ذلك[1].

وتطبيقاً لهذه القاعدة قضت محكمة النقض بأنه " إذا أورد المشرع مصطلحاً معيناً فى نص ما فى معنى معين وجب صرفه إلى معناه فى كل نص آخر، وذلك توحيداً للغة القانون ومنعاً للبس فى فهمه والإبهام فى حكمه، وتحرياً لوضوح خطابه إلى الكافة "[2].

وعليه فإن تفسير لفظ وارد فى نص جنائى يجب أن يتقيد بالمعنى الذى أعطاه المشرع بالنسبة لهذا اللفظ فى فرع آخر من فروع القانون ما لم يكن هناك أسباب كافية لتخصيص اللفظ فى القانون الجنائى بمعنى فنى آخر، وبشرط ألا يؤدى ذلك إلى الحيلولة دون تحقيق الصالح العام[3].

- **ملاحظة هامة :**

وتعد القاعدة التى نحن بصددها تخريجاً على قاعدة أوسع من قواعد التفسير المنتمية لقواعد المنهج اللغوى، ألا وهى قاعدة تفسير الألفاظ وفق السياق الذى وردت فيه، والذى لا يقتصر فحسب على تشريع بذاته ولا على فرع معين من فروع القانون، وإنما يمتد ليشمل النظام القانونى كله.

---

[1] Salmand . op . cit , p. ١٣٣ .

- Allen . op . cit , p ٤٩٠ ff .

[2] نقض جنائى جلسة ١٩٦٦/٥/١٧ **مجموعة الأحكام** ص ٤١٥ .

- د / محمود مصطفى : **المرجع السابق** ، ص ٨٢ .

[3] د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٦٧ .

غير أنه بإمعان النظر نرى الصلة الوثيقة بين القاعدة المذكورة، وما يسمى بالعامل التنسيقى بين النصوص، وهو من الأساليب المنتمية للمنهج المنطقى فى التفسير. وعليه رأينا تفصيل القول فى هذه المسائل مجتمعة عند دراسة العامل التنسيقى بين النصوص خصوصاً، وقد تبين لنا أن المحكمة العليا توليه من العناية وكثرة الاستعمال ما لم يحظ به غيره من أساليب وقواعد التفسير .

ويضرب الفقه أمثلة على ذلك بألفاظ ومصطلحات مثل الملكية والانتفاع والاستعمال، فيجب أن تفسر كما هى فى نطاق القانون المدنى، وكذلك لفظ مثل الموظف والوظيفة العامة والمرفق العام يجب أن تفسر فى المجال الجنائى وفق معناها الفنى فى نطاق القانون الإدارى[1].

إلا أنه إذا كان النص الجنائى يقضى بحكم مخالف فعندئذ يقتصر تطبيق هذا الحكم على محل وروده باعتباره استثناء من القواعد العامة لا يتوسع فى تفسيره ولا يقاس عليه، مثال ذلك اختلاف المعنى الفنى للفظ منقول فى النطاق الجنائى عنه فى النطاق المدنى، فيعتبر منقولاً فى القانون الجنائى الحجر الذى يسرق من جدار مملوك للغير، على الرغم من أن الجدار كله يعتبر عقاراً فى نظر القانون المدنى، ويمكن كذلك اعتبار العقار بالتخصيص منقولاً فى حكم القانون الجنائى بصرف النظر عن انطباق أحكام العقار عليه فى نظر القانون المدنى، وكذلك المنقول بحسب المآل فى حكم القانون المدنى، فهو يعتبر عقاراً فى حكم النص الجنائى الذى يجرم دخول عقار فى حيازة الغير بقصد منع حيازته بالقوة[2].

وهكذا يجب أن يأخذ المفسر فى اعتباره عند تعرضه لتفسير النص، وخاصة النص الجنائى، المعنى الفنى للفظ باعتباره ليس وارداً فى التشريعات الجنائية فحسب، بل وباعتباره وارداً فى التشريعات غير الجنائية كذلك. وهذا هو التطبيق السليم لقاعدة التفسير بحسب السياق أو لقاعدة تفسير الكلمة بحسب ما يحيط بها من كلمات أخرى[3].

١١- قاعدة النص الغامض لا يفسر فى غير صالح المتهم :

وهذه القاعدة تتعلق أساساً بتفسير النصوص الجنائية، ذلك بأن حالة غموض النص يتعين أن لا تؤدى إلى الإضرار بمصلحة المتهم ، بعبارة أخرى، فإن المتهم

---

١ د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٨٦ .

٢ د / رفاعى سيد سعد: **المرجع السابق** ، ص ٢٥٢ .

٣ د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٩٩.

هو المستفيد دائماً من غموض النص الجنائى[1]، ويؤسس بعض الفقهاء هذه القاعدة على نص المادة ٢٠٤من قانون الإجراءات الجنائية المصرية التى تقرر مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم. إلا أننا نرى مع جانب من الفقه أن هذا التأسيس غير صحيح. ذلك لأن مجال إعمال قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم[2]تتعلق بوقائع الدعوى ولا تتعلق بالقانون الذى يحكم هذه الوقائع. ومن ثم فمجال إعمال القاعدة الأصلى، والصحيح هو أدلة الإثبات، ومدى تأكد القاضى من ارتكاب المتهم للفعل المنسوب إليه والذى يحاكم من أجله .

أما القاعدة التى نحن بصددها فيمكن أن نجد أساسها فى قاعدة أخرى، وهى أنه يجب الحكم بالبراءة عند غموض النص، وذلك لوجوب إنذار المكلف قبل أخذه بالعقاب، وأن يكون هذا الإنذار فى لغة واضحة يفهمها المخاطبون بالقاعدة الجنائية، وبمقتضى هذه القاعدة فإن من حق المخاطب بالقاعدة الجنائية أن يكون على علم بما يأمر به القانون أو ينهى عنه، وذلك حتى تتكامل أركان الجريمة[3].

وقد أخذ القضاء الأمريكى بهذه القاعدة، ورتب على عدم وضوح التكليف الذى يرد بالعقاب على مخالفته نص جنائى بطلان هذا النص، وقد أصبح من الأفكار الأساسية فى القانون الجنائى فى الولايات المتحدة الأمريكية فكرة بطلان النص لعدم وضوحه .

ويكفى لاعتبار النص واضح أن تكون ألفاظه ذات معانى مستقرة فى لغة القانون، ولو كانت هذه المعانى مما يصعب على الفرد العادى غير الملم بالثقافة القانونية الإحاطة بها، ويمكن كما يقول جانب من الفقه بحق أن ترد هاتين القاعدتين لمبدأ عام، وهو مبدأ الشرعية الذى يعنى أن تكون النصوص الجنائية معلنة ومعلومة للكافة حتى يجوز للقضاء أن يرتب آثاره عليها، ويقرر الإدانة ويقضى بالعقاب. لذلك فإن قاعدة تفسير الشك فى مصلحة المتهم ليس لها دور فى

---

[1] - Allen , op. cit , p ٤٨٧ .

- G.C. Tharnton, " legislative drafting ", ٢nd ed London, ١٩٧٩, p ٢٧١

[2] د / على راشد: **مبادئ القانون الجنائى**، **نظرية القانون الجنائى**، مكتبة سيد عبد الله وهبةص١٥٢، ١٥٣.

– وفى انتقاد هذا الرأى انظر : د / محمود محمود مصطفى : **المرجع السابق** ، ١٩٦٩ ، ص٨٠ .

– د / أحمد فتحى سرور : **أصول قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، **النظرية العامة للجريمة** ، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص٧٢، ٧٣.

[3] - Bassiauni, op cit. p٥٠– ٥٥.

-La Fave & Scatt, op cit. p, ٨٥ – ٨٧

نطاق القانون الجنائى الموضوعى، ويقتصر نطاق عملها على القانون الإجرائى فى مجال الإثبات[1].

---

١ La Fave & Scatt , op. Cit. .p. ٨٥ p. ٨٥ – ٨٧.

المبحث الثالث

قاعدة الاستثناء الضمنى

ولقد تناولت قاعدة الاستثناء الضمنى فى أكثر من موضع فى هذه الدراسة بشئ من التفصيل والاهتمام غير المسبوق فى الدراسات المماثلة. ومرد ذلك إلى ما نراه من أهميتها وكثرة استخدام محكمة النقض لها دون تصريح[١]. كما أننا نراها حلاً مثالياً لحالات النسخ الضمنى الغير مستوفية لشروط النسخ الصحيحة فى الأصول. ومن ثم فقد اقترحنا هذه القاعدة التفسيرية كبديل لاستخدام محكمة النقض لفكرة النسخ الضمنى بنصوص سابقة لأخرى لاحقة، وهو ما لا يستقيم كما بينا تفصيلاً عند حديثنا عن التعارض وحلوله فى آخر هذا الباب .

إن من أهم قواعد المنهج اللغوى فى التفسير بل وقواعد المنهج المنطقى عند من يعدها كذلك تلك القاعدة من قواعد تفسير النصوص الجنائية والتى تعرف بقاعدة الاستثناء الضمنى، وهى قاعدة مؤداها أن النتائج غير المقبولة عقلاً أو عملاً مستثناة من المعنى الواضح للنص الجنائى، بحيث لا يجوز إقرارها تذرعاً بأنها مما يؤدى إليه تطبيق هذا المعنى الواضح[٢]. وتعد هذه القاعدة من القواعد الهامة الحاكمة لعمل المفسر.

وقد أخذ القضاء الأنجلوسكسونى بهذه القاعدة بصورة مضطردة. ومن ثم فقد قضى بأن قائد سيارة الشرطة الذى يتجاوز الحد الأقصى المقرر لسرعة السيارة فى أثناء متابعته مجرماً يحاول الفرار لا يعتبر مرتكباً تجاوز السرعة القصوى، وينطبق مضمون نفس القاعدة، الاستثناء الضمنى، على سائق سيارة الإسعاف أو الحريق ما دام أن كلاً منهما لم يدفعه إلى تجاوز السرعة القصوى، إلا خطر حال يريد درئه أو واجب عاجل يسعى فى أدائه، ويتسق ذلك مع ما ذهب إليه القضاء الإنجليزى من وجوب كون الظروف المبررة للإعفاء من العقاب فى جرائم المرور متصلة بالجريمة لا بالجانى، وذلك على الرغم من سكوت النص [٣].

---

١ انظر المبحث الخاص بالتحليل التفسيرى لأحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية حيث تجلى هذا الاستخدام المطرد لقاعدة الاستثناء الضمنى فى تفسير المحكمة العليا.

٢ La Fave & Scatt , op. Cit p. ٧١.

٣ - State v . Gorham , ١١٠ . wash . ٣٣٠ ١٨٨ p . ٤٥٧ (١٩٢٠) ,

- La Fave & Scatt, op. cit ,p. ٧١.

والتقيد بالمعنى الواضح للنص أمر عام لا يجوز الخروج عليه بالتضييق من نطاق ذلك المعنى حتى ولو كان الباعث على هذا التضييق هو مصلحة المتهم . وكذلك لا يجوز التوسع فى تفسير النص بما يجاوز معناه الواضح استنادا لإغراء يتمثل فى تحقيق الصالح العام .وذلك أمر أصبح محل اتفاق الفقه الجنائى الحديث، لأن كل من تضييق نطاق النص أو توسيعه بغض النظر عن الهدف من وراء ذلك يتضمن إهدار لإرادة واضعه وخروجاً على مبدأ الشرعية[1].

ونرى أن قضاء النقض قد جعل من هذه القاعدة التفسيرية أصلا فى تفسير النصوص الجنائية وبخاصة المسائل الإجرائية فى القانون الجنائى، وقد واظبت أحكام المحكمة العليا على ترديد هذه القاعدة التفسيرية تصريحاً، على غير سنة المحكمة العليا الجارية على عدم التصريح بالقاعدة التفسيرية المستخدمة فى فهم النص أو استنباط الحكم، خصوصاً كلما اضطرت المحكمة إلى تقرير حكم فى غير مصلحة المتهم .

وأخذاً بالقاعدة المذكورة يشترط بعض الفقهاء، بحق، أن يكون مقابل الرشوة متناسباً مع العمل أو الامتناع المطلوب من الموظف العام إتيانه. وخلص هذا الجانب محقاً فى ذلك إلى أن اشتراط التناسب لا سند له من قواعد التفسير إلا القاعدة التى نحن بصددها وإعمالها ، بغض النظر عن كون ذلك فى مصلحة المتهم أم لا[2].

- ملاحظة هامة :

وقد يعترض أحياناً على القاضى المفسر حين يستعمل هذه القاعدة فى التفسير أنها تؤدى إلى تصدى القاضى أحياناً إلى أمور تخرج عن ولايته. وعند استعمال القاضى لها فى التفسير فقاعدة النقص التشريعى وأحياناً أخرى تصبح أداة فى يد القاضى للنسخ الضمنى أو استبعاد نص ما من دائرة التطبيق.

والذى نراه أن الاستخدام الصحيح للقاعدة دون تحميلها أكثر من مضمونها قد يكون أحياناً ضرورة لا يجب منع القاضى من استخدامها بصفة مطلقة وتبقى رقابة محكمة النقض على أسلوب التفسير الذى يتبعه القاضى ومدى سلامته

---

[1] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، انظر :

- Allen .op. cit, p
- Agg : where he mentions road traffic act ١٩٣٠ , s,١٥

[2] – د / محمود نجيب حسنى : **الجرائم المضرة بالمصلحة العامة** ، **المرجع السابق** ، ص٦٠ .

– د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية ، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ٣٦٩ .

ضمانة تصون القانون من تعسف التفسير ومثال ذلك ما قررته محكمة النقض من أن "المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المنوط بها، دون غيرها، مهمة الرقابة على دستورية القوانين، مؤداه، ليس لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص ما لم يقض بعدم دستوريته. إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليها. تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ، المادتان ١/١٧٥من الدستور ، ٢٩ من ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩ "[١].

---

[١] الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦ .

الفصل الثانى

المنهج المنطقى

(الاهتمام بالمصلحة المحمية)

المبحث الأول

العلاقة بين المنهج اللغوى والمنهج المنطقى

إذا كان التفسير اللغوى هو التفسير بأسلوب تحليل ألفاظ النص، فإن التفسير باتباع المنهج المنطقى هو التفسير بأسلوب تحديد علة النص واستظهارها، وإذا كان التفسير تبعاً للمنهج اللغوى هو أولى الخطوات أو المراحل فى العملية التفسيرية، فإنها قلما تكون آخرها ذلك بأن اتباع قواعد المنهج اللغوى قد يؤدى فى كثير من الأحيان إلى نتائج غير منطقية أو مجافية للعدالة، بحيث يتيقن المفسر "القاضى" أن إرادة النص التشريعى لا يمكن أن تكون متعلقة بمثلها. ومن ثم يلجأ إلى المرحلة الثانية أو الخطوة الثانية المكملة للخطوة الأولى، وهى قواعد التفسير المنطقى يستنطقها حكم النص، ويستهدى بها فى التعرف على إرادته ألحقه، وعملية تجنب المفسر للنتائج غير المنطقية للتفسير اللغوى يصفها الفقه والقضاء الأنجلوسكسونى بالقاعدة الذهبية فى تفسير القانون[1].

- **نتائج الصلة التكاملية بين قواعد المنهجين اللغوى والمنطقى :**

إن اتباع أساليب المنهج المنطقى فى التفسير كخطوة ثانية بعد إعمال قواعد المنهج اللغوى يؤدى إلى وجود صور ثلاثة هى[2]:

الصورة الأولى: يتطابق فيها التفسير المنطقى مع التفسير اللغوى. وذلك حين يتحد النطاق اللغوى للنص الجنائى القانونى مع نطاقه المنطقى، فلا ثمة مغايرة بينهما.

---

١ - Cross Statutary Interpretation, p. ١٥ and ٧٤
- Farrar, "**Introduction to Legal Method**", p. ٩٤ .
- Glanrille Williams, "**Learning the Law**", London ١٩٦٣ p. ٩٩
- R.M.W, Dais, Jurisprudence , p. ٢٢٩ .

٢ Farrar .**op. cit**. P. ٩٤ Crais , an Statute Low, p ٨٦ –٩٢

الصورة الثانية: هى التى يؤدى التفسير المنطقى فيها إلى امتداد حكم النص الجنائى إلى أكثر مما يشمله المدلول اللغوى للنص، ويسمى هذا التفسير بتفسير النصوص تفسيراً موسعاً.

الصـــورة الثالثة: وهى التى يحد فيها التفسـير المنطقى من المدلول اللغوى للنص، بحيث يقصـــر حكمه على حالات أقل من الحالات التى يشـــملها ظاهر التفسير اللغوى، وذلك هو التفسير الضيق من مجال النص.

وســـنعود لبحث هذه الصـــور الثلاثة عند الحديث عن العملية التفســـيرية ونتائجها وآثارها، إلا أننا أردنا بهذا التحليل بيان العلاقة بين المنهجين اللغوى والمنطقى، وما يؤدى إليه تفاعل قواعدهما فى مجال التفسير[1].

وعلى ذلك فإن جوهر البحث بأســـلوب المنهج المنطقى هو اســـتظهار علة النص، وهو ما يوجب ويتطلب توضـــيح ماهية المصـــلحة المحمية والحق موضـــوع الحماية. ثم بيان قواعد ذلك المنهج فى التفســـير. وقد ســـار بعض الفقه[2]على إدماج أساليب المنهج التاريخى فى أساليب استظهار علة النص، إلا أننا رأينا أن نفرد له مبحثاً خاصـــاً لكثرة اهتمام محكمة النقض بهذا المنهج فى تفسيرها لنصوص قانون العقوبات كما سيتبين لنا. وقد سار جانب من الفقه على هذا النحو[3].

---

[1] د/ رمسيس بهنام : **النظرية العامة للقانون الجنائى** ، ص ٢٤٠ .

[2] وقريباً منه Allen, op cit., P٤٩١-٤٩٢ فى العلاقة بين حكمة النص ولفظه. وانظر فى المرجع نفســـه ص٥٠٣- ٥٠٦ .

[3] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **تفسير القاعدة الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص٣٦٤،٣٧٣.

المبحث الثانى
تحديد مدلول النص الجنائى
بالنظر إلى الحكمة التشريعية

نتناول فى هذا المبحث تحديد مدلول النص الجنائى بالنظر إلى الحكمة التشريعية وذلك من خلال ثلاث مطالب، المطلب الأول: ماهية الحكمة التشريعية، والمطلب الثانى: استنباط المصلحة المحمية، مذيلاً برأينا الخاص فى هذه المسألة، أما المطلب الثالث فيتناول مبادئ التفسير المنطقى من خلال، أولاً: الاستهداء بحكمة النص التشريعى، ثانياً: موقع النص وتحديد حكمته، ثالثاً: العامل التنسيقى بين النصوص فى فروع القانون المختلفة، رابعاً: تفسير النص فى ضوء الوضع السياسى والاجتماعى فى الدولة.

المطلب الأول
ماهية الحكمة التشريعية

إن لكل قاعدة قانونية هدف ترمى إلى تحقيقه، وهذا الهدف يمثل الحكمة من وضعها، فحكمة التشريع هى الغاية التى قصد من وضع النص تحقيقها[١]، والمقصود بذلك المصالح التى يستهدف المشرع حمايتها والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التى دعت إليه[٢].

يطلق الفقه[٣] على حكمة التشريع كذلك عبارة روح التشريع، وإذ قيل أن البواعث التى أدت إلى وضع القانون هى روحه فإننا لا نخالف الحق إذا قلنا هى كل القانون[٤]، فروح التشريع تعين فى تحديد معنى النص إذ يفسر التشريع على ضوء الغاية منه أو حكمته.

---

[١] - د/ عبد المنعم البدراوى : **المدخل للعلوم القانونية** ، **المرجع السابق** ، ص٣٢٥ .

- د/ عبد الفتاح عبد الباقى : **نظرية القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٣٥٠ .

- د/ شمس الدين الوكيل : **المدخل لدراسة القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٢٥٧ .

[٢] - د/ محمد على عرفة : **المرجع السابق** ، ص١٦٣ .

[٣] - د / عبد الفتاح الصيفى: **القاعدة الجنائية المرجع السابق** ، ص ٣٧١ .

- Bassionuni, **op cit**, p. ٦٤

- د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٧ .

- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١١٨ ، ١١٩ .

[٤] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ١٥٦ .

ولكى تدرك الحكمة التشـريعية من النص أو روح التشـريع لا بد من معرفة المصـلحة التى يراد حمايتها من تقرير النص[1] أى الحق موضـوع الحماية وفقهاء القانون الوضــــعى جعلوا معنى الحق يدور بين مفهوم المال القانونى ومفهوم المصلحة[2].

والغالب من الفقه[3] يرى أن المال هو كل ما من طبيعته إشـــباع أحد الحاجات الإنسانية، بينما المصلحة هى الاعتقاد بأن شيئاً ما يشبع حاجة الإنسان .

وعلى ذلك فإن المصـلحة أعم من المال؛ لأنها قد تتواجد فى أشـياء لا يمكن إطلاق لفظ المـال عليهـا. أمـا المصـــلحـة فهى تختلف عن المنفعـة وفى أغلـب الأحوال تقرن المصـلحة[4]، ذلك أن تقدير النفس لصـلاحية أحد الأشـياء لإشـباع حاجاتها يكون متفقاً مع تقدير الناس عموماً لصــلاحية الشــئ ذاته لهذا الإشـباع. ومن ثم تمتزج المنفعة بالمصـــلحة فى معظم الأحوال إلا أنه فى بعض الأحوال تتوافر المصلحة دون أن تتحقق المنفعة.

وخلاصـة الأمر أن غالبية الفقه يرى أن محل الحماية القانونية هو المصـلحة وليس المال، والشـارع وخاصــة الجنائى يسـتهدف حماية المصــالح الاجتماعية الغالبة لأفراد المجتمع التى تحقق ما يصبوا إليه غالبية أفراده[5].

---

[1] د/ رمسيس بهنام : فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقاب ، **مجلة الحقوق** جامعة الإسكندرية ١٩٥٢-١٩٥٤ ، ص٤٧ .

[2] أســتاذنا د/ مأمون ســـلامة : جرائم الموظفين وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقاب ، **مجلة الحقوق** ، جامعة الإسكندرية ١٩٥٢ -١٩٥٤ ، ص ٤٨ .

[3] د/ رمسيس بهنام : **فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقاب** ، **المرجع السابق**، ص٤٨ .

[4] **المرجع السابق مباشرة** ، ص٥٠ .

[5] د/ حسـنين عبيد : فكرة المصـلحة فى قانون العقوبات ، **المجلة الجنائية القومية** ، مجلد ١٧ ، العدد١٧ ، يوليو ١٩٧٤ ، ص٢٤.

- د/ عادل عازر : النظرية العامة فى ظروف الجريمة ، **رسالة دكتوراه** ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٦٢.
- د/ أحمد محمد خليفة : النظرية العامة للتجريم ، **رسالة دكتوراه** ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص١١٠.

وإذا كان فقهاء[1] القانون الوضعى قد اختلفوا اختلافاً بيناً فى تحديد معنى الحق محل الحماية، فإن غالب آرائهم تذهب إلى أن الحق هو المصــلحة التى يحميها القانون. فالمصلحة عند هذا الجانب من الفقه هى العنصر الأساسى إذ الإرادة ليست ضرورية للقيام الحق، لأن بعض الأشخاص يمكن أن يتمتعوا بالحقوق دون أن تتوافر لديهم الإرادة[2].

ونحن نرى أن إعطاء المشرع الحق للقاضى بعدم إعمال ظاهر النص فى حالات عدم تحقق المصلحة المقصودة منه يدل على رغبة عامة لدى المشرع فى ترك مساحة واسعة من الحرية أمام القضاة لتوخى المصلحة، والنظر إلى الحكمة من النصوص، وعدم التذرع بحرفية النصوص على حساب تحقيق العدالة.

وفى ذلك قالت المحكمة العليا "المقرر فى قضاء محكمة النقض "أنه ولئن كان الشكل أو البيان وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة، ولا يقضى بالبطلان ولو كان منصوصاً عليه، إذا أثبت المتمسك ضده به تحقق الغاية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المرافعات، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل أو البيان وتحديد ماهية هذه الغاية، مسألة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها، كما يلتزم قاضى الموضوع بتسبيب ما ينتهى إليه بشان تحقق الغاية تسبيباً سائغاً، فلا يكفى مجرد القول بتحقق أو تخلف الغاية"[3].

والجدير بالذكر هنا أن هذا الأسلوب يعتبر إعمالاً لقاعدة الاستثناء الضمنى، والتى أشرنا إليها من قبل، وهو موافق أيضاً للقاعدة الأصولية المعروفة" إذا تعذر إعمال الكلام يهمل" كفرع للقاعدة الأصولية "إعمال الكلام خير من إهماله". وكنت أتمنى لو أكثرت محكمتنا العليا من إعمال هذه القواعد بديلاً عن استعمالها لفكرة النسخ الضمنى للمحاذير التى سوف أوردها فى الموضع المناسب من هذا الباب .

---

[1] د/ رمسيس بهنام : **فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للجريمة والعقاب ، المقال السابق** ، ص٥٠ . وأشار سيادته إلى آراء الفقيه الألمانى von List يرجع له الفضل فى انتشار فكرة المصلحة فى الفقه الجنائى الحديث .

[2] von List : der zweck gedan Kein strafrecht in . III Zeits chrift Furdie gesante strafrec-ht swiss en schaft, ١٨٨٣, p. ٩-١١.

– د / ثروت أنيس الأسيوطى : **المقال السابق** ، ص ٢٥٧ ، العدد ٣٣٥ يناير ١٩٦٩ .

٣ الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/١١/١٧

المطلب الثانى
استنباط المصلحة المحمية

إذا كنا نؤيد القول بأن الشارع الجنائى يستهدف حماية المصالح الاجتماعية الغالبة لأفراد المجتمع، فهنا يثور التساؤل عن كيفية تحديد أو تقييم القيم والمصالح الاجتماعية المحمية، فيجب على الشارع أو المفسر "القاضى" أو الفقيه البحث عما يعينه على تقييم القيم والمصالح الاجتماعية وصولاً إلى تحديدها واستنباط المصلحة من وراء النص. وقد اختلفت المدارس الفقهية عند بحثها عن هذا المعيار مذاهب تتفق والفلسفة القانونية التى تعتنقها[١].

وخلاصة ما ذهبت إليه هذه المدارس الشتى أن تقييم القيم والمصالح الاجتماعية[٢]، وتحديدها قد يكون فى ضوء نشأتها التاريخية، ويعاب على هذا المذهب محاولته استنباط المعايير من الماضى فى حين أن المصالح يجب أن تساير تطور المجتمع وتغيراته .

ويذهب فريق آخر[٣]إلى تحديد للقيم والمصالح على أسس مثالية، ويؤخذ على هذا المذهب قيامه على أسس واعتبارات خيالية بعيدة عن الواقع.

وفريق ثالث[٤]يؤسس معيار تحديد القيم والمصالح المحمية بالنصوص على أسس منطقية، إلا أن هذا الرأى يؤخذ عليه ما يبرز للقضاء عند تطبيقه للنصوص من قيم واقعية لم تكن فى حسبان الشارع، مما يستلزم البحث عن معيار يعين القاضى عند إصدار الأحكام بخلاف الأسس المنطقية التى استهدفت تحقيق المصالح العامة عند وضع التشريع. ويذهب رأى أخير[٥]إلى المناداة بأن يدور البحث عن حلول عملية للوصول إلى تقييم القيم والمصالح وتحديدها.

---

[١] انظر فى تفاصيل الآراء الفقهية لمدلول الحق وأنصار اهرنج ومعارضيه

- د / عثمان سعيد عثمان : **استعمال الحق كسبب للإباحة** ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص١٧ وما بعدها.
- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٤ وما بعدها .

[٢] د/ عادل عازر : مفهوم المصلحة القانونية ، **المجلة الجنائية القومية** ، مجلد ١٥ ، العدد الثالث ، نوفمبر ١٩٧٢ ، ص٤٠٠ وما بعدها .

[٣] تأسيس المصلحة على أسس مثالية :

- roscopound : An introducion to the philosophy of law , ١٩٥٤, p.٦٤

[٤] تأسيس المصلحة على أسس منطقية :

- viachos: op cit ,p. ١٢١

[٥] تأسيس المصلحة على أسس عملية :

- رأينا الخاص فى المسألة:

ونحن نرى أن الرأى الأخير هو الجدير بالتأييد، ليس فقط لأن واقع الأحكام القضـائية يرشـح له، ولكن أيضـا لأنه لا يتعارض مع الآراء الأخرى بل ويأخذ بالمناسب منها بحسب كل حالة. وقد يتطلب استقراء الحلول العملية المستمدة من الواقع بكافة جوانبه المادية والثقافية والأدبية والسـياسـية والاقتصـادية بحثاً مستقلاً لاستقرائها وجمعها من الأحكام القضائية[1].

وأياً كان المذهب أو المنحى الذى يتبعه المفسـر قاضـياً أو فقيهاً لتقييم المصالح الاجتماعية بعد تحديدها فإن استنباط المصلحة المحمية بالنص القانونى يأخذ أحد فرضـين: إما أن تكون المصـلحة جلية فى النص التشـريعى، بحيث تكون من الوضـوح الذى ينبثق من الألفاظ بالضـرورة، فلا يحتاج المفسـر إلى جهد أو عناء، وما عليه سوى أن يجرى التحليل اللغوى لألفاظ النصوص ليصل إلى مضمون المصلحة المحمية. وأما الفرض الثانى، وفيه تكون المصلحة غير واضـحة ، وتتطلب بحثاً وعناءً للوصـول إليها واسـتنباطها يبذله المفسـر "القاضى"، فيلجأ إلى استظهار علة النص، إما عن طريق الرجوع إلى الأعمال التحضـيرية للقانون أو غيرها من وسـائل المنهج التاريخى، أو باسـتخدام العامل التنسيقى بين النصوص، أو الأخذ بما تمليه المبادئ العامة للقانون[2].

ويعد فى ذات الإطار الرأى الذى يدعو إلى البحث عن المصلحة تحت ستار التفسـير الغائى، فيكون على المفسـر أن يصـل إلى الغاية من النص الجنائى باستظهار المصلحة أو الحق موضوع الحماية، واستخلاص المصلحة هو الذى يحدد للمفسر تلك الغاية، أو ذلك الذى من أجله تم وضع القاعدة القانونية[3]. ونحن نرى أن هذا الأسـلوب يندرج تحت أسـلوب الحلول العملية المسـتمدة من الواقع بكل جوانبه المادية والأدبية للوصول إلى المصلحة المحمية أولاً ثم تقييمها.

- Rosco Pound, op cit , p. ٤٦

[1] - د / عبد الفتاح الصـبفى: **القاعدة الجنائية المرجع السـابق** ، ص ٥٠٣، ٥٠٦ . وقد أشـار سـيادته إلى أحكام قضائية :

- انظر الحكم الصادر من محكمة إسنا الجزئية فى ١٧ يوليو ١٩٠٤
- المجموعة الرسمية س٧ رقم ٣١ ص٦٩ .
- حكم محكمة استئناف مصر فى ٣٠ نوفمبر ١٩٠٤ **المجموعة الرسمية** س٦ رقم ٩٨ ص١٨٩ .

د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٧٢. [2]

[3] أستاذنا الدكتور / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٤٩

.

المطلب الثالث
مبادئ التفسير المنطقى

إن العمل القضائى المستمر وجهود الفقهاء قد أدت إلى استقرار عدة مبادئ عامة للمنهج المنطقى فى التفسير، وهذه القواعد ليست محل خلاف؛ لأنها نابعة من المنطق القانونى العام، ولكن الخلاف يكمن فى مدى إعمال قاعدة ما عند تفسير نص ما، وهو ما سنعود بحث مسالة تعدد التفاسير للنص الواحد .

أولاً : الاستهداء بحكمة النص التشريعى :

كما سبق وقلنا أن حكمة النص التشريعى هى حجر الزاوية فى بناء المنهج المنطقى فى تفسير النصوص بصفة عامة، والنصوص الجنائية بصفة خاصة، ولما كان التفسير ليس مجرد فن لغوى، ولكنه يبحث فى مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية[1]، فإن جانباً من الفقه يرى بحق أن الحكمة التشريعية فى جميع القواعد القانونية هى العامل الحاسم ليس فقط فى توضيح غموض التشريع ولكن أيضاً لإيجاد حلول لحالات أخرى. وهذا القول صحيح إذ أن الحكمة التشريعية هى من عوامل تحرى الإرادة التشريعية، وعند اتضاح هذه الإرادة فقد توجد هناك حالات لم يشملها ألفاظ النص، ولكن عن طريق معرفة الحكمة يتضح أن الإرادة التشريعية تستوعب أيضاً هذه الحالات، وبذلك يجد القاضى أو المفسر الحلول الأخرى، ويكون ذلك نتيجة للعملية التفسيرية، وهو ما يسمى بالتفسير الواسع كما تبين فى الموضع الخاص بهذه المسألة من الدراسة[2].

- **محكمة النقض تراقب على سلطان القاضى فى تحرى الحكمة التشريعية ولو فى النصوص الإجرائية ظاهرة الحكمة :**

وفى هذا الإطار فإنه من المقرر فى قضاء محكمة النقض "أنه ولئن كان الشكل أو البيان وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة، ولا يقضى بالبطلان ولو كان منصوصاً عليه، إذا أثبت المتمسك ضده به تحقق الغاية عملا بالفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المرافعات، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل أو البيان وتحديد ماهية هذه الغاية، مسألة قانونية يتعين على محكمة

---

١ د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١١٨ ، ١١٩ .

٢ أنظر ما سبق بالباب التمهيدى عند الحديث عن أنواع التفسير .

الموضوع التزام حكم القانون بشأنها، كما يلتزم قاضى الموضوع بتسبيب ما ينتهى إليه بشأن تحقق الغاية تسبيباً سائغاً فلا يكفى مجرد القول بتحقق أو تخلف الغاية"[1].

وليستطيع المفسر التغلب على هذا الغموض يستعين بعدة وسائل، منها حكمة التشريع، أو روحه، والمقصود منه، والهدف الذى ترمى إليه القاعدة القانونية وتهدف إلى تحقيقه. وكذلك بالوقوف على المصالح التى استهدف الشارع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التى دعته إليه[2]، ولذا قيل أن البواعث التى أدت إلى وضع القانون هى روحه بل هى كل القانون، ومن الأمثلة على الاستعانة بحكمة التشريع لفظ الليل فى تفسيره الأول عند محكمة النقض[3].

<u>ثانياً : موقع النص وتحديد حكمته :</u>

إن موقع النص قد يعين المفسر تحديد الحكمة التى يبتغيها المشرع منه، ولذلك فإن على المفسر إذا تعذر عليه الكشف عن المال القانونى أو المصلحة التى يحميها نص التجريم، فعليه أن ينظر إلى موضوع النص وموقعه بين مجموعة النصوص الأخرى التى ينتمى إليها، وتكون الحكمة التى أراد المشرع تحقيقها بهذا النص هى ذات الحكمة التى أراد تحقيقها من مجموعة النصوص الأخرى المجاورة لهذا النص فى القانون، والتى يجمعها قاسم مشترك[4].

وقد يمتد البحث إلى تقصى الحكمة المشتركة بين مجموعة من النصوص أو إلى المنطق الذى يحكم النظام القانونى كله إذا دعت ضرورة التفسير[5].

---

[1] الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٦١ ق – جلسة ١٩٩٩/١١/١٧.

[2] د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٧١ .

٣ – نقض ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٧ **مجموعة القواعد القانونية** الجزء السابع رقم ٤٠٧ ص٣٩١ .

– نقض ٦ يناير سنة ١٩٤٨ الجزء السابع رقم ٤٨٣ ص٤٤٦

[4] – د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص٣٧٢ .

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٢٠ .

[5] – د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص٩٧.

- Bassiauni, op cit, p ٤٦

ثالثاً : العامل التنسيقى بين النصوص فى فروع القانون المختلفة:

إنه بالرغم من اختلاف فروع القانون فيما تحميه من مصالح وحقوق، إلا أنها تتساند من أجل تحقيق الأهداف التى يتغياها النظام القانونى الشامل بالدولة، ومن ثم فالمفسر عند تعرضه لتفسير نص معين عليه أن يستعين بالصلة بين هذا النص وقواعد الفروع الأخرى، وعلى ذلك يتعين إطراح كل تفسير يؤدى القول به إلى نسبة التناقض أو التضارب إلى نصوص القانون، منظورا إليها فى ضوء شمول النظام القانونى وتكامله، وهو ما يسمى بالعامل التنسيقى[١].

ويبدو جلياً من تتبع أحكام محكمة النقض أنها قد ملكت ناصية هذا المبدأ، واستخدمته ببراعة استخداما مضطرداً على النحو الذى سيبين عند استعراضنا لأحكامها وتحليلها من زاوية مناهج التفسير المستعملة، وهو الأمر الذى يوجب البحث فى معنى التعارض وأحواله، باعتباره أساس الخوض فى العامل التنسيقى. وهو ما سنواليه بالبحث بعد الفراغ من استعراض مناهج التفسير ومدارسه لتعلقه بكافة مسائل علم التفسير ولا يمكن نسبته إلى منهج معين أو مدرسة بعينها ، كما أنه شديد الصلة بموضوع التعارض وحلوله.

رابعاً : تفسير النص فى ضوء الوضع السياسى والاجتماعى فى الدولة :

إن المناسبة التشريعية تختلف عن الحكمة التشريعية، وأن محل عناية المفسر هى الحكمة التشريعية، وليست المناسبة التى وضعت القاعدة من أجلها، إذا كان من المسلم به فقها[٢] ، فإنه يرتب القول بأن الحكمة التشريعية للنص، وهى التى تبعث فيه الحياة على الدوام تتغير بتغير الزمن، ويجب على المفسر أن يأخذ فى الاعتبار التغيرات السياسية والاجتماعية التى تؤثر بالضرورة على الدستور، وهو القانون الأعلى فى المجتمعات الحديثة عند تفسير النص الجنائى حتى ولو بقى ذلك النص زمناً طويلاً بغير تعديل[٣].

---

[١] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٥٢٣ . انظر فى الفقه الإيطالى المؤيد لهذا الاتجاه ، ص١٧٩.

- د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٢١ .

[٢] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٥٢٢ .

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٧٦ .

[٣] د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر** ، **المرجع السابق** ، ص٢٧٣ .

- د/ رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص٢٤١ . وقريب منها:

- Bassiauni, op cit . p. ٦٤

ويذهب رأى[1] إلى أن مجلس اللوردات البريطانى يضـــع الاعتبارات العملية نصب عينيه عند الفصل فى المسائل المعروضة عليه، ويستدل على هذا القول من حكمين صدرا عن ذلك المجلس، قرر فى أولهما أن حق السلطة المحلية فى تقدير الأجور يخضـــع لتقدير القضـــاء الذى يقرر مدى معقولية هذا الحق، بينما ذهب فى الحكم الثانى إلى أن النص الذى يمنح لوزير الداخلية ســـلطة القبض على بعض الأشـــخاص الذين تتوافر بصـــددهم أســـباب تدفعه إلى اعتقالهم لا يخضع لرقابة القضاء .

وقد برر المجلس هذا التباين بين الحكمين الســـابقين بســـبب الظروف الواقعيـة التى أحـاطـت بتطبيق النص الثـانى، والتى تمثلـت فى قيـام الحرب العـالميـة الثـانيـة، والرغبـة فى حمـايـة أمن الـدولـة من أعمـال التخريـب والجاسوسية .

وأياً كانت الاعتبارات التى ســـاقها مجلس اللوردات لتبرير الســـلطة المطلقة لوزير الداخلية، فإن ذلك لا يمكن التسليم به لأنه لا يجوز إعفاء قرارات الاعتقال التى تمس الحرية الشـخصـية من رقابة القضـــاء. لذلك قررت محكمة المجلس الملكى **Committee of The Privy Council Judicial** بعد الحرب العالمية الثانية خضـــوع قرارات وزير الداخلية فى هذا الصـــدد لرقابة القضاء[2].

ونسوق مثالاً على العبارات الفضفاضة التى يسوقها المشرع تاركاً تحديد محتواها للقاضى بحسب تغير الظروف السياسية والاجتماعية. فهى لذلك أمثلة على ما يمكن تسميته "الغموض المتعمد" فى الصياغة مثال ذلك عبارة "نظام الحكم" فقد اختلفت فى تفسيرها المحاكم قديماً فذهبت محاكم الموضوع إلى أنت المقصود بعبارة "نظام الحكم" يتحدد فى ضوء ما نصت عليه المادة الأولى من الدستور١٩٢٣من أن مصر دولة حكومتها ملكية وراثية وشكلها نيابى، وهو نظام الحكم فى نوعه أى فى أساسه الإجمالى المقرر بالمادة الأولى من الدستور من أن حكومة مصر تكون وراثية نيابية، وأيضاً هذا النظام فى صورته التفصيلية المقررة بباقى مواد الدستور، وعليه، فالطعن فى الدستور، والتحريض على عدم طاعته هو إذن طعن على نظام الحكم الذى قرره ذلك

---

[1] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٥،٤٦ .

[2] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٥،٤٦ .

الدستور، وتحريضاً على كراهيته[1]. قضى كذلك بأن هذه العبارة تشمل الوزارة، كما تشمل النظم الأساسية للدولة[2].

ولكن محكمة النقض خطأت هذا الحكم، ذلك أن المستفاد من ذلك الحكم، وهو الواضح من المقالات التى نشرت، أن الطاعن لم يوجه جملته إلى الدستور ذاته، أو إلى النظم ذاتها كما هى مقررة فى الدستور ، بل هو قد أفرغ مطاعنه فى قالب إهانة وسب وقذف صريح إلى ذوات كائنه معينة هى الوزارة القائمة ورئيس هذه الهيئة وأعضائها، بدعوى أنهم خالفوا الدستور، وهؤلاء مهما وجبت لهم الطاعة والاحترام فى حدود القانون باعتبارهم حكاماً، فإنهم لا يعتبرون جزءاً من النظام المقرر للحكم، بل هم ليسوا إلا قائمين عليه مادامو ا حكاماً، وقد تكفل القانون على القدر الذى رآه بالحماية الخاصة الواجبة لهم بصفتهم هذه فى نصوص أخرى أوردها الحقيقية"[3]. وهناك اختلافا كبيراً ثار حول المقصود بمبادئ الدستور الأساسية والمقصود بالنظم السياسية للهيئة الاجتماعية[4] .

والأمثلة القضائية على مراعاة الظروف السياسية والاجتماعية عند تفسير النص كثيرة وسنقف عليها عند تحليلنا لأحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية فى نهاية هذا الباب .

- **مدى تأثير التغيرات السياسية والاجتماعية على تفسير النصوص الجنائية فى الشريعة الغراء :**

من الأمثلة الشهيرة فى الفقه الإسلامى والدالة على تأثير التغيرات السياسية والاجتماعية على تفسير النصوص محاربة الصحابة رضوان الله عليهم للمرتدين. ويعتبر ذلك توسعاً فى تفسير النصوص التى تحدد حالات إباحة الوصول بالعقاب إلى القتل ولذلك فالأحاديث الواردة حول هذه المسألة تدل على تريث الصحابة لفترة من الزمن واختلافهم حول مدى جواز قتال المرتدين، وموقف سيدنا عمر بن الخطاب فى هذا الشأن مشهور[5]. ويدخل فى هذا الإطار أيضاً محاربة الإمام على رضى الله عنه للممتنعين عن الدخول فى

---

[1] محكمة جنايات مصر ٢٣ يوليو ١٩٣١ ص٤٧٦ .

[2] محكمة النقض فى ١٤ مارس ١٩٣٢ بند ٣٣٢ ص**٧٤٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض والإبرام فى المواد الجنائية للأستاذ محمود عمر** .

[3] **حكم محكمة جنايات مصر** ١٩٣٩/١٢/٧ بند ١١٠، ص٢٠٦ - ٢٠٨ .

[4] د / رياض شمس : **المرجع السابق** ، ص٢٢٠ .

[5] تفصيل هذه الوقائع واردة فى صحيحى البخار ى ومسلم .

بيعته. حيث اعتبر ذلك تفسيراً جديداً للنصوص المجرمة للبغى والخروج على الحاكم[1].

ومما أعتقد أنه يدخل فى إطار تأثير الظروف السياسية والاجتماعية على بناء الأحكام الشرعية بصفة عامة بما يتجاوز مجال تفسير النصوص الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى : تعطيل إقامة حد السرقة فى المجاعة فى عهد سيدنا عمر بن الخطاب، وذلك تحت وطأة الظروف الاجتماعية والسياسية القاسية التى مرت بالدولة الإسلامية. ويعد هذا توسعاً فى تفسير الشبهة الدارئة للحد من وجهة نظرنا، ولا يقال أن ذلك كان من قبيل موانع المسئولية أو موانع العقاب، لأن ذلك كان يستوجب بحث كل حالة على حدة وهو ما لم يحدث. بل كان إيقاف العمل بالحد عاماً .

الحالة الثانية : وفى ذات الإطار يمكن أن نذكر ما انتهى إليه الإمام مالك فى زمن الفتنة بالمدينة المنورة من تحريم بيع السلاح سداً للذريعة. وهو نوع من التفسير الواسع للنصوص التى تقرر حق ولى الأمر فى تحريم المباحات عند وجود ضرورة تقتضيها المصلحة العامة[2].

ويعن لى أن أبدى بعض الملاحظات على هذين المثالين اللذين يندرجان فى مجال النصوص الجنائية الشرعية:

- **ملاحظتى على المثال الأول :**

إن تعطيل حد السرقة فى عام المجاعة هو توسع فى تفسير الشبهة الدارئة للحد. ولا يقال أن ذلك من باب منع مسئولية أو منع العقاب لأن ذلك التكييف كان يستوجب بحث كل حالة على حدة وهو ما لم يحدث بل جاء حكماً عاماً من الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه، ومن ثم يمكن أن نعده من قبيل التفسير الواسع للحديث المشهور "ادرءوا الحدود بالشبهات" وكان أساس ذلك التفسير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التى ألمت بالمجتمع .

- **ملاحظتى على المثال الثانى :**

تجريم بيع السلاح فى زمن الفتنة سداً للذريعة وهو نوع من التفسير الواسع للنصوص التى تعطى الحق لولى الأمر فى تحريم بعض المباحات للمصلحة

---

[1] القاضى / أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى : **أحكام القرآن** ، الجزء الثانى ، دار الفكر ، ص٢٢٤ .

[2] يراجع فى تفاصيل المثالين المساقين بالمتن الأحكام السلطانية للإمام الماوردى .

العامة عند وجود الداعى إلى ذلك بسبب ظروف سياسية واجتماعية معينة نشبت على عهد الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة رضى الله عنه.

وضرب هذين المثالين فى هذا المقام اجتهاد منى أرجو أن يكون صواباً. والجدير بالذكر أن تأثير الظروف على تفسير النصوص والفتوى بصفة عامة باب أوسع جداً وأذكر فى هذه المثابة بالمذهبين الجديد والقديم للإمام الشافعى رضى الله عنه. وأساس تغير الفتوى فيهما تغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والعرف السارى فى البلدان التى تنقل فيها الغمام . ولكنى أردت البحث عن أمثلة جنائية بالذات وتكون فى إطار التفسير وهو مجال أكثر خصوصية من مجال الفتوى بطبيعة الحال .

وقد أضاف جانب من الفقه مبادئ أخرى[1] كثيرة حسب المذهب الذى ينتمى إليه، إلا أن معظم المبادئ نرى أنه يمكن تخريجها على مبادئ قانونية منصوص عليها، وليست ذات صلة بقواعد التفسير، من بينها ما يتناقله الفقه من أن تفسير العبارات العامة يجب أن يكون على ضوء الأمور المحددة فى النص، وكذلك ما يضيفه جانب من الفقه من أن التفسير الذى ينقل عبء الإثبات للمتهم غير جائز، أو أن الاعتداد بتدرج الحقوق التى تحميها النصوص الجنائية يجب أخذه فى الاعتبار لما يؤدى إليه من بيان لأسباب الإباحة أو الإعفاء من العقاب، إلى غير ذلك من المبادئ التى يضيفها جانب من الفقه إلى قواعد المنهج المنطقى فى التفسير.

هذا ويرى جانب من الفقه[2] أن من بين المبادئ التى تدرج فى المنهج المنطقى للتفسير عدم جواز اللجوء إلى الحكمة التشريعية فى حالة دلالة الألفاظ على المعنى بوضوح، إلا إننا كما سبق ورأينا أنه فى هذه الحالة تظهر الحكمة التشريعية من مجرد التفسير اللغوى لألفاظ النص، ومن ثم لا يكون هناك ثمة تعارض بين الحكمة والمدلول اللغوى مما لا يستدعى النظر فى المبادئ المقررة فى المنهج المنطقى التفسيرى.

- **ملاحظة هامة :**

من المسائل التى نراها محورية فى هذه الدراسة بصفة خاصة وفى تفسير النصوص الجنائية بصفة عامة مسألة "المصلحة المحمية" من حيث طرق

---

[1] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٢٢.

- د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٧ .

[2] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٧٨ .

التوصـــل إليها ومن ثم تحديدها. وقد رأينا أن الفقه فى بحثه عن ماهية الحكمة التشـــريعية يتطرق إلى الحديث حول مدلول الحق والمال القانونى والمصـــلحة والغاية. وفى ذات الإطار يتم التطرق إلى العلة والحكمة والســـبب. وعلى كثرة تلك المصـــطلحات واتســـاع دوائر النقاش حول مضـــمونها فى فروع القانون الجنائى المختلفة، إلا أننا نراها فى محيط علم التفســـير ذات مضـــمون واحد متكامل الأجزاء مترابط الحلقات.

وتفصـــيل ذلك أن هذه الأفكار القانونية المتنوعة وإن كانت ذات مدلولات مختلفة بحسب المجال القانونى الذى تبحث فيه فإنها واحدة فى مجال علم فلسفة القانون أو مسـائل القسـم العام فى فقه القانون الجنائى، أو علم الإجرام والعقاب تركز الضـوء حول بعض هذه الأفكار وتصـبغ عليها صـبغة العلم الذى تبحث فيه. وهو ما يخرج عن نطاق الدقة العلمية والفائدة. كذلك إذا ما سـردت هذه الأفكار بصورة تجميعية فى إطار الأبحاث القانونية فى مجال علم التفسير وهو ما نراه فى الدراســات والأبحاث التى تحت أيدينا فى الفقه المقارن. ونحن وإن كنا اتبعنا السـرد التقليدى لهذه الأفكار فلكى ننتهى بعرض فكرة جديدة تخدم هذه الدراسة والدراسات المماثلة فى الباب الثالث.

والذى لفت نظرنا إلى ذلك رأى وجيه فى الفقه الشـرعى المعاصـر لفضـيلة الشـــيخ مصـــطفى شـــلبى حول مدلول العلة التى هى مدار البحث فى القياس. والرأى المذكور قد توافر صـاحبه على تشييده فى دراسة مطولة نال بها درجة الإجازة العالمية من جامعة الأزهر الشـــريف ومحصـــلتها قد تؤدى إلى توحيد النظر الشرعى والقانونى لكل تلك المصطلحات.

وخلاصـــة هذا الرأى أن العلة بشـــروطها المتعددة المذكورة فى كتب الفقه الإسلامى أمر مستحدث بعد القرن الأول. وأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعتمدون الحكمة التشـريعية وليسـت العلة (الاصـطلاحية) فى بناء أقيسـتهم واستنباط المعانى من الكتاب العزيز والسنة المطهرة .

وهذا الرأى هام جداً، من وجهة نظرى، وبقدر ما فيه من تجديد للفقه الأصولى الشرعى فى المسألة بقدر ما فيه من تحرير للقاضى المعاصر عند تفسيره للنصوص وبحثه عن الحكمة التشريعية وتحديده للمصلحة المحمية من وراء النصوص سواء الشرعية أو الوضعية المتضمنة للأحكام الشرعية أو الوضعية بصفة عامة. وسنعود لبحث هذا الأمر فى الباب الثالث من هذه الدراسة وحسبنا هنا التنويه .

المبحث الثالث

التطبيقات القضائية لقواعد المنهجين اللغوى والمنطقى

فى التفسير كما تبدو فى أحكام الدوائر الجنائية بمحكمة النقض

نحب أن نلمح إلى أنه إن جاز فقهاً بحث مضـــمون المنهجين وأســـاليبهما اســـتقلالاً لم يجز ذلك من جهة المنطق والمنهج العلمى الســـليم فى بحث التطبيقات القضـائية الدالة على اسـتعمال القضـاء لأسـاليب المنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير.

والبحث الذى يدور حول تحليل أحكام القضـاء واستقراء مذهب القضـاء لا يصـح معه أن يجتزئ من الأحكام اسـتخدامات لقواعد كل منهج على حدة لأن القواعد التفسـيرية التى يسـتند إليها الحكم فى التوصـل للمعنى الذى يراه بتلك القواعد متســـاندة ومتداخلة ومتراكمة مما اختص طريقة العرض العلمى التى اخترناها.

المطلب الأول
الأخذ بقواعد المنهجين اللغوى والمنطقى
فى التفسير المؤدية إلى تفسير واسع للنص

قلنا إن الجمع بين أساليب المنهجين فى تفسير المحكمة العليا ، وذلك بالتداخل والتكامل بين تلك الأساليب أديا إلى وحدة الأمثلة القضائية المساقة فى هذا الصدد .

أولاً : تحديد المحكمة العليا لمعنى الاشتراك ووسائل المساهمة التبعية :

نصت المادة ٤٠ من قانون العقوبات على أن "يعد شريكاً فى الجريمة:

أولاً : كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناءً على هذا التحريض .

ثانياً : من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناءً على هذا الاتفاق .

ثالثاً : من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أى شئ آخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة، مع علمه بها أو ساعدهم بأى طريقة أخرى فى العمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها".

وهذه الأحكام التى سوف نسردها تبياناً لاستخدام محكمتنا الموقرة لقواعد المنهجين اللغوى والمنطقى فى تفسير النص المذكور يمكن أن نعدها كذلك أمثلة قضائية على فكرتنا فى ضرورة بل ووجوب قيام القاضى بإتمام النقص التشريعى اللازم لتطبيق النص، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وهذا النص قد اقتصر على تحديد وسائل المساهمة التبعية أو الاشتراك، فحصرها فى التحريض والاتفاق والمساعدة، ولكنه لم يحدد أركانها. وأركان المساهمة التبعية فى الجريمة، بالإضافة إلى الفعل الذى تقوم به وسيلة الاشتراك التى نص عليها الشارع، وما يترتب عليه من آثار هى عدم مشروعية نشاط الفاعل الذى يتجه فعل الشريك إلى الإسهام فيه. ويجب كذلك أن يتوافر الركن المعنوى للاشتراك .

وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ فى قولها "من المقرر قانوناً أن فعل الاشتراك لا تتحقق فيه الصفة الجنائية، إلا بوقوع الجريمة التى حصل الاشتراك فيها، سواء كانت جريمة تامة أو شروعاً فيها، فإذا كانت مدونات الحكم المكون فيه صريحاً فى أن الجريمة التى اتفق عليها بين المتهمين الأول والثالث وبين

الأخير، والطاعن لم يقم دليل على وقوعها، فإن الحكم إذ أن الطاعن بوصفه شريكاً فى جريمة لم تقع يكون قد يخالف القانون"[1].

وكانت محكمة النقض قد قضت من قبل أن "فعل الاشتراك لا يتحقق فيه الصفة الجنائية إلا بوقوع الجريمة التى حصل الاشتراك فيها"[2].

أقرت محكمة النقض الارتباط بين الشريك الفاعل من زوايا أخرى فقالت بأن "الجريمة تعتبر فى باب التقادم وحدة قائمة بنفسها غير قابلة للتجزئة، لا فى حكم تحديد مبدأ التقادم، ولا فى حكم ما يقطع هذا التقادم كمن إجراءات، ولهذا كان مبدأ تقادم الجريمة هو ذلك اليوم الذى يقوم فيه فاعلها الأصلى بعمله الختامى المحقق لوجودها فى حق جميع مرتكبيها، فاعلين ومشتركين، وكذلك كان أى إجراء يوقظ الدعوى العمومية بعد نومها يعتبر قطعاً لمدة التقادم، ولو كان هذا الإجراء خاصاً ببعض المتهمين. ولو بمجهول منهم"[3].

وقالت محكمتنا الموقرة فى ذات الإطار كذلك "لا يتصور سقوط الحق فى إقامة الدعوى العمومية بالنسبة لهذه الجريمة قبل وقوعها لم ينقض بمرور الزمن، لا يمكن أن تسقط الدعوى فيها، يجب قانوناً أن يستفيد منه كل من يهتمون فى ذات الواقعة، باعتبارهم فاعلين أصليين أو شركاء، سواء أقدموا إلى المحاكمة معاً، أم قدموا على المتعاقب بإجراءات مستقلة، وذلك على أساس وحدة الواقعة الجنائية، وارتباط الأفعال المنسوبة لكل من عزى إليه المساهمة فيها فاعلاً أصلياً أو شريكاً ارتباطاً لا يقبل بطبيعته أية تجزئة، ويجعل بالضرورة صوالحهم مستمدة من العامل المشترك بينهم، وهى الواقعة التى اتهموا بها، متخذة اتحاداً يقضى أن يستفيد كل منهم من كل دفاع مشترك"[4].

لا يقوم الاشتراك إلا بفعل مادى من قبيل ما نص عليه الشارع، أى التحريض أو الاتفاق أو المساعدة، ويترتب على ذلك أن مجرد علم شخص بارتكاب الجريمة لا يكفى لاعتباره شريكاً فيها.

وقد قالت محكمة النقض تقريراً لهذا المبدأ "أنه لما كان العلم بوقوع الجريمة لا يعتبر فى القانون أساساً لمساءلة جنائية على اعتبار أن العالم بوقوعها لا يعد شريكاً فى مقارفاتها، لأن الاشتراك فى الجريمة لا يعتبر قائماً طبقاً لصريح

---

١ نقض ٢٥ إبريل سنة ١٩٦١ **مجموعة أحكام النقض** س ١٢ رقم ٩٤ ص ٥٠٨

٢ نقض ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ٢٧٥ ص ٣٣٣

٣ نقض ١١ يناير سنة ١٩٣٤ **مجموعة القواعد القانونية** ج٣ رقم ١٨٢ ص ٢٤٨

٤ نقض ٥ يونيو سنة ١٩٣٩ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ٤٠٤ ص ٥٧١

- نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ ج ٥ رقم ٣٩٢ ص ٦٤٨

نص المادة ٤٠ من قانون العقوبات، إلا إذا توافر فى حق المتهم ثبوت اتفاقه مع الجانى على مفارقاتها أو تحريضه إياه على ارتكابها أو مساعدته إياه، مع علمه أنه مقبل على ذلك، وكان الحكم الذى يرتب مساءلة المتهم كشريك فى جريمة التزوير على مجرد علمه بالتزوير قاصراً قصوراً يستوجب نقضه، إذ أن مجرد العلم لا يكفى بذاته لثبوت الاتفاق أو التحريض أو المساعدة على ارتكاب الجريمة"[1].

وقررت المحكمة الموقرة كذلك أن "الاشتراك فى الجريمة لا يتحقق إلا إذا كان التحريض أو الاتفاق سابقاً على وقوعها، وأن تكون المساعدة سابقة أو معاصرة لها، وأن يكون وقوع الجريمة ثمرة لهذا الاشتراك، ويستوى فى ذلك أن تكون الجريمة وقتية أو مستمرة"[2].

وأقرت محكمة النقض أن مبدأ الاشتراك لا يكون إلا بفعل إيجابى، فلا يتحقق بمحض امتناع، فقالت فى ذلك "أنه لا جدل فى أن الاشتراك فى الجريمة لا يتكون إلا من أعمال إيجابية، ولا ينتج أبداً عن أعمال سلبية"[3].

ولكن هل يشترط أن تكون العلاقة مباشرة بين الفاعل والشريك، أم يقوم على الرغم من توسيط شخص فى هذه العلاقة، ويفترض هذا الوضع أن نشاط المتهم قد اتجه إلى حمل شخص على إتيان فعل يقوم به الاشتراك فى الجريمة كتقديم المساعدة إلى الفاعل، فأتى هذا الفعل فكان من شأنه أن ارتكب الفاعل الفعل الذى يقوم به الجريمة، ويطلق على هذا المتهم، فى هذا الوضع، تعبير "شريك الشريك"[4].

ووضعت محكمة النقض ضابطاً فى شأن الاشتراك، فقالت "أن المادة ٤٠ من قانون العقوبات التى تعرف الاشتراك فى الجريمة لا تشترط فى الشريك أن تكون له علاقة مباشرة مع الفاعل للجريمة، وكل ما توجبه هو أن تكون الجريمة قد وقعت بناء على تحريضه على ارتكاب الفعل المكون لها، أو بناءً على اتفاقه على ارتكابها مع غيره أياً كان، ومهما كانت صفته أو بناءً على مساعدته فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لها، يستوى فى هذا كله أن يكون اتصاله بالفعل قريباً ومباشراً، أو يعيد بالواسطة، إذ المدار فى ذلك، كما هو ظاهر النص، على علاقة المتهم بذات الفعل الجنائى المكون للجريمة، لا بأشخاص من

---

[1] نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٠ **مجموعة أحكام النقض** س ٢ رقم ٨٨ ص ٢٢٩.

[2] نقض ١٣ مارس سنة ١٩٦٧ **مجموعة أحكام النقض** س ١٨ رقم ٧٣ ص ٣٩٢

[3] نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٦ رقم ٥٨٣ ص ٧١٩

[4] د / فوزية عبد الستار : **المرجع السابق** ، ص ٣٠٤

ساهموا معه فيها، والشريك إنما يستمد صفته بحسب الأصل من فعل الاشتراك الذى ارتكبه، ومن قصده منه، ومن الجريمة التى وقعت بناءً على اشتراكه، فهو على الأصح شريك فى الجريمة، لا شريك مع فاعلها، إذاً فمتى وقع فعل الاشتراك فى الجريمة، كما هو معروف به فى القانون، فلا يصح القول بعدم العقاب عليه بمقولة أنه لم يقع مع الفعل، بل وقع مع شريك له"[1].

إذا كان الاشتراك فى الجريمة عمدية، فإن ركنه المعنوى يتخذ بالضرورة "القصد الجنائى"، ويطلق عليه تعبير "قصر الاشتراك"، فإذا لم يتوافر هذا القصد كان الاشتراك غير متصور، وقد قالت محكمة النقض فى ذلك "إن الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق إلا إذا أثبت أن الشريك قصد الاشتراك فى الجريمة وهو عالم بها، وأنه ساعد فى الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها"[2].

وقد قالت المحكمة الموقرة كذلك "الاشتراك بالمساعدة لا يتحقق إلا إذا ثبت أن الشريك فى الجريمة وهو عالم بها، بأن تكون نية التدخل مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صداه مع فعله، وأن يساعد فى الأعمال المجهزة أو السهلة لارتكابها مساعدة تتحقق بها وحدة الجريمة"، وقد أضافت إلى ذلك أنه "إذا أدانت المحكمة المتهمين" دون أن تدلل على قصد اشتراكهم فى الجريمة التى دانتهم بها، وانهم كانوا وقت وقوعها كانوا وقت وقوعها عالمين بها، قاصدين إلى الاشتراك فيها، وذلك ببيان عناصر اشتراكهم ومظاهره بأفعال إيجابية صدرت عنهم تدل على هذا الاشتراك وتقطع به، فإن ذلك لا يتوافر به الاشتراك بالمساعدة، ولا يتحقق به معنى وحدة الجريمة كما هى معرفة فى القانون[3].

وقالت محكمة النقض فى شأن هذا القصد أنه "يجب أن ينصب على جريمة أو جرائم معينة، فإذا لم تثبت الاشتراك فى الجريمة معينة أو فعل معين يقع عليها"[4]. كما ذهبت إلى عدم تصور الاشتراك فى الجرائم غير العمدية، وإنما يعتبر كل مساهم فى جريمة غير عمدية، أياً كان قدر مساهمته، فاعلاً لها مع غيره .

وقد قالت المحكمة تبياناً لذلك أنه "إذا أعطى المتهم سيارته إلى شخص يعلم هو أنه غير مرخص له فى القيادة فصدم هذا الشخص إنساناً فأماته كان صاحب

---

١ نقض ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ **مجموعة القواعد القانونية** رقم ١١٦ ص ١١٠ .

- نقض ٧ يونيو سنة ١٩٤٣ ج ٦ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٩ .

٢ نقض ١١ يناير سنة ١٩٥٥ **مجموعة أحكام النقض س**٦ رقم ١٤٤ ص ٤٣٩ .

٣ نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ **مجموعة أحكام النقض** س ١٧ رقم ١٥٤ ص ٨١٨ .

[4] نقض ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٣ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٤ رقم ١١١ ص ٥٨٧.

السيارة هو المسئول قانوناً عن هذه الحادثة، لأنه إذا سلم قيادة سيارته لذلك الشخص غير المرخصله فى القيادة، قد خالف لائحة السيارات فوجب أن يتحمل مسئولية ما وقع ما الحوادث، بسبب عدم مراعاته تلك اللائحة"[1].

وقد قالت محكمة النقض فى هذا الصدد أيضاً "من المقرر فى فقه القانون أن الفاعل أو الشريك يتحمل مع فاعل الجريمة المسئولية الجنائية عن الجريمة التى يرتكبها هذا الأخير، ولو كانت غير التى قصد ارتكابها وتم الاتفاق عليها، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للجريمة الأخرى التى اتفق على ارتكابها فاعلين كانوا أو شركاء.

وقدمت محكمة النقض تعريفاً جامعاً لمدلول للاتفاق أنه "يتطلب تقابل الإرادات تقابلاً صريحاً على أركان الواقعة الجنائية التى تكون محلاً له"[2]. وقد قالت أيضاً فى ذات المسمى "الاشتراك بطريق الاتفاق هو اتحاد نية أطرافه على ارتكاب الفعل المتفق عليه، ويتم غالباً دون مظاهر خارجية أو أعمال محسوسة يمكن الاستدلال بها عليه"[3].

وعرفت محكمة النقض المساعدة: فقالت "يتحقق الاشتراك بالمساعدة بتدخل الشريك مع الفاعل تدخلاً مقصوداً يتجاوب صداه مع فعله، ويتحقق فيه معنى تسهيل ارتكاب الجريمة الذى جعله الشارع مناطاً لعقاب الشريك".

ووضعت محكمة النقض مبدأً يعتبر مكملاً للنص أكثر من كونه تفسيراً واسعاً له "أن الاشتراك لا يكون أبداً بأفعال لاحقة على تمام الجريمة، وإنما يكون بأفعال سابقة عليها، أو معاصرة لها فقالت "لا جدال فى أن أعمال التحريض والاتفاق لا تكون ضمن الاشتراك المعاقب عليه، إلا إذا كانت سابقة على تنفيذ الجريمة، وأن أعمال المساعدة لا تعد اشتراكاً، إلا إذا كانت سابقة أو معاصرة للجريمة، وإذن فلا اشتراك بأعمال لاحقة للجريمة"[4].

قضت محكمة النقض "أنه لا يلزم لتوافر التحريض على الجريمة قانوناً أن يكون للمحرض سلطة على المحرض تجعله يخضع على الجريمة قانوناً أن يكون للمحرض سلطة على المحرض تجعله يخضع لأوامره، بل يكفى أن يصدر من المحرض من الأفعال أو الأقوال ما يهيج شعور الفاعل فيدفعه للإجرام ".

---

[1] نقض أول مايو سنة ١٩٣٠ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٢ رقم ٣٨ ص ٣١.

[2] نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٦ رقم ١٣٦ ص ٧١٨

[3] نقض ١٣ يناير سنة ١٩٦٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٢٩ رقم ٢٤ ص ١٠٨

[4] نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥ **مجموعة القواعد القانونية** ج ١٦ رقم ٥٨٣ ص ٧١٩

ولكن محكمة النقض أضافت إلى ذلك أن "للقاضي أن يستنتج حصول التحريض أو الاتفاق أو المساعدة على الجريمة من أعمال لاحقة عليها"[١]، وقررت فى هذا الشأن "أنه وإن كان صحيحاً أن الاشتراك لا يتحقق إلا فى واقعة معاقب عليها تقع من الفاعل الأصلى، وأن الشريك لا يجوز عقابه، إذا كان ما وقع من الفاعل الأصلى غير معاقب عليه، إلا أن ذلك لا يستلزم أن يجوز عقابه إذا كان ما وقع من الفاعل الأصلى والقضاء عليه بالعقوبة، إذ أن ذلك يؤدى إلى عدم معاقبة لانعدام القصد الجنائى عنده أو لأحوال أخرى خاصة به "[٢].

وذهبت محكمة النقض استكمالاً منها لتشييد بناء متكامل لفكرة المساهمة التبعية إلى أن "الاعتراف للحكم الصادر ببراءة أحد المساهمين فى الجريمة، استناداً إلى سبب موضوعى بقوة الشئ المحكوم فيه بالنسبة إلى كل من ينسب إليه هذه البراءة إلى سبب شخصى، فلا يكون لها حجية إزاء مساهم لآخر فى ذات الجريمة[٣].

ثانياً : تفسير المحكمة الموقرة لنص المادة ٤٨ عقوبات وتحديدها أركان جريمة الاتفاق الجنائى[٤] :

وقد قالت محكمة النقض فى قضائها القديم تعبيراً عن هذا الاتجاه فى التفسير "أحكام البراءة المبنية على أسباب غير شخصية بالنسبة للمحكوم لهم تعتبر عنواناً للحقيقة سواء بالنسبة لهؤلاء المتهمبن أو بالنسبة لغيرهم، متى كان ذلك فى مصلحة أولئك الغير، ولا يفوت عليهم أى حق مقرر لهم بالقانون، فالحكم النهائى الذى ينفى وقوع الواقعة المرفوعة بها الدعوى مادياً، ويبنى على ذلك براءة متهم، ولكن يتعين أن تكون الإرادات التى يقوم الاتفاق بها إرادات على ما نهى النص عنه بحيث إذا كان أحد أصحابها جاداً فى الاتفاق والآخر غير جاد، فلا يصح أن يقال بأن اتفاقاً جنائياً قد تم بينهما لعدم اتحاد إرادتيهما على شئ فى الحقيقة وواقع الأمر"[٥].

---

[١] نقض ٢٨ مايو سنة ١٩٤٥ **مجموعة القواعد القانونية** ج ١٦ رقم ٥٨٣ ص ٧١٩

[٢] نقض ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ٢٧٥ ص ٣٣٣

[٣] نقض ٤ مايو سنة ١٩٤٢ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٥ رقم ٤٠٣ ص ٦٥٩

[٤] قضى بعدم دستورية هذا النص لاحقاً .

[٥] نقض ٢٨ إبريل سنة ١٩٤٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٧ رقم ٥٨٦ ص ٥٥٣

وقالت محكمة النقض أيضاً "أن مبادرة أحد المتفقين إلى الإخبار بوجود اتفاق جنائى، وبمن اشتركوا فيه لا يترتب عليه بنص المادة ٤٨ أكثر من إعفائه وحدة من العقاب، وليس من شأنه أن يؤثر فى قيام الجريمة ذاتها، ولو لم يكن الاتفاق إلا بين اثنين فقط، هما المبلغ والمبلغ عنه"[١].

وأضافت المحكمة العليا لتحديدها لطبيعة الجريمة وأركانها "أن الاتفاق الجنائى جريمة مستمرة تظل قائمة ما دام الاتفاق قائماً، ومدة سقوط الحق فى إقامة الدعوى العمومية بها لا تبتدئ إلا من وقت إنهاء الاتفاق، سواء باقتراف الجريمة أو الجرائم المتفق على ارتكابها، أو بعدول المتفقين عما اتفقوا عليه"[٢].

وقد سقنا هذا المثال فى معرض التدليل على طريقة محكمة النقض فى التفسير رغم أن المادة ٤٨ من قانون العقوبات مدار التحليل السابق قد قضى بعدم دستوريتها لمخالفتها لنصوص المواد ٤١، ٦٥، ٦٦، ٦٧من الدستور[٣].

ويلاحظ على تلك الأحكام أنها قررت مجموعة من المبادئ القضائية الضرورية لتطبيق النص سالف الذكر وجعله قابلاً للإعمال. والأسلوب التفسيرى المستخدم من محكمتنا العليا لبلوغ تلك النتيجة كان استخدامها الأمثل لقواعد المنهج المنطقى لكى يتحقق بها أقصى اتساع لمدلول النص. ثم الاستخدام الحر لقواعد المنهج التاريخى واللغوى بجانب أساليب المنهج المنطقى، وهذا التنقل الحر والبحث العلمى الذى ينشد تفسير النص فى ضوء الحكمة التشريعية الكامنة من ورائه هو أسلوب المدرسة العلمية فى التفسير.

كل ذلك مكن المحكمة الموقرة من الوصول إلى التفسير الذى جرت عليه مبادئها سالفة الذكر. وتبدو هذه الملاحظات من تعبيرات المحكمة الموقرة مثل قولها " لا يتصور ..." ومن تعبيرها "ويجعل ذلك بالضرورة".

وإننى أرى أن المحكمة الموقرة قد تجاوزت فى تفسيرها لنص المادة ٤٠ والمادة ٤٨عقوبات ما يمكن القول بأنه مستخرج من معنى النص مباشرة. بل لعل المحكمة الموقرة، والتزاماً منها بتطبيق القانون، قد ألفت هذه النصوص فى حاجة إلى مجموعة من المبادئ الضابطة والمحددة للمسائل المتناولة بتلك

---

[١] نقض ٢٨ يونيو سنة ١٩٤٣ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٦ رقم ٢٣٣ ص ٣١٢

[٢] نقض ١٤ إبريل سنة ١٩٤١ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٤٤

[٣] انظر الدعوى رقم : ١١٤ سنة ٢١ ق دستورية ، والمنشور حكمها فى الجريدة الرسمية بتاريخ١٤/٦/٢٠٠١وانظر أيضاً نقض جنائى الطعن رقم ٢٢١٦٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٣ لم ينشر بعد . وفى هذا القضاء اعتبرت محكمة النقض أن عدم دستورية المادة ٤٨ من قانون العقوبات يعتبر فى حكم القانون الأصلح للمتهم .

النصـوص. فقامت بإكمال النصـوص على أسـس وقواعد علم التفسـير بادئة من النص ولكنها أبداً لم تقف عنده.

وإذا كانت القاعدة الأصـولية الثابتة أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فهى إذاً تعد من الأسـانيد القانونية على صـحة هذا الدور الخلاق الذى تقوم به محكمة النقض، وسنعود لبحث مسألة الابتداع القضـائى وأسـانيده القانونية فى الباب الثالث.

ويكفينى هنا الإشارة إلى أن التوسع البادى فى تفسير واسع تستخدم فيه المحكمة العليا أساليب المنهج المنطقى والمنهج اللغوى معاً وتستعيد أحياناً بالمنهج التاريخى وقواعده، وبين تكملة للنقص التشـريعى باسـتخدام فكرة المبادئ العامة للقانون. يسـهل على القارئ تبين التنويع المشـار إليه فى المبادئ القضائية التى سردناها بترتيب معين نراه ينبئ بوضوح عن الأسلوب التفسيرى المستخدم من المحكمة الموقرة للوصول إلى تلك المبادئ.

إن ألفاظاً وعبارات محددة تتمثل فى نص المادة ٤٠ أو ٤٨ عقوبات رأينا كيف أن المحكمة استخرجت منهما أو أسست عليهما هذا الكم الوافر من المبادئ القضائية الضرورية للإعمال الصحيح لكل من النصين.

وقد قررت محكمة النقض كذلك أنه "لما كان الاتفاق الجنائى، طبقاً للتعريف الموضـوع له، يوجد كلما اتحد شـخصـان فأكثر على ارتكاب جناية أو جنحة ما أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها، فإنـه لا يشـترط عـند وقوعها أن يصـدر حكم بالعقوبة فيها، ومن ثم فالعبرة فى الاتفاق الجنائى هى ثبـوت واقعته ذاتها بغض النظر عما تلاها من الوقائع"[1].

ثالثاً : التوسع فى مدلول الفاعل الاصلى :

وفى ذلك قررت محكمتنا العليا أن "إثبات الحكم تلاقى إرادة الطاعنين على خطف المجنى عليها بإكراه ومواقعتها بغير رضـاها، وإسـهام كل منهم بدور فى تنفيذ هذه الجريمة. كفايته لاعتبارهم جميعاً فاعلين أصـليين فى الجريمتين المذكورتين[2].

وفى ذات الإطار التفسـير المتوسـع فى تفسـير مدلول الفاعل الأصـلى فى الجرائم الخطيرة قررت المحكمة الموقرة أن "جريمة الخطف المنصوص عليها

---

[1] نقض ٨ مايو ١٩٤٤ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٧ رقم ٣٤٧ ص ٤٧٥

[2] الطعن رقم ٧٠٣١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٧

فى المادة ٢٩٠ عقوبات المعدلة. تحققها: بإبعاد الأنثى عن مكان خطفها بقصد العبث بها باستعمال طرق احتيالية أو أية وسيلة من شأنها سلب إرادتها وحملها على مواقعة الجانى لها. كل من قارف شيئاً من فعل أو مواقعة، يعد فاعلاً أصلياً فى الجريمة سالفة الذكر. والنعى على الحكم خطأه بشأن فعل المواقعة، فرض وقوعه، لا يدرأ مسئولية الطاعنين عن جريمة الخطف[١].

رابعاً : توسع المحكمة العليا فى تفسير النصوص الإجرائية لصالح ما يؤدى لحسن سير العدالة من وجهة نظرها (ولو فى غير صالح المتهم):

إن المحكمة العليا تقوم بوضع ضوابط إجرائية تضمن بها حسن سير العدالة والأسلوب التفسيرى المتبع للتوصل إلى ذلك يقوم على التوازن الدقيق بين الحرية كمبدأ عام والعدالة كمبدأ عام .

ويمكننا أن نلحظ أساليب المناهج التفسيرية الثلاث تتفاعل فى قضاء المحكمة العليا صوب الاتجاه الذى يحقق لها هدفها العام الذى تحرص عليه فى تفسيرها للنصوص الإجرائية ألا وهو حسن سير العدالة بما يعنيه من المساواة بين الخصوم وتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة ولو للمتهمين. والمصلحة العامة هنا تكمن فى ضبط العمل بمرفق القضاء بصفة عامة وإبراز قيمة العدالة فى إجراءات التقاضى.

وهذه مجموعة من المبادئ القضائية فى المسائل الإجرائية توضح هذا الأسلوب التفسيرى الذى اتبعته محكمتنا العليا :

١- "عدم التزام المحكمة بالأخذ بالأدلة المباشرة فقط. لها أن تكون عقيدتها من جماع العناصر المطروحة بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية. ما دام كان ذلك سائغاً"[٢].

٢- "تشكك القاضى فى صحة إسناد التهمة. كفايته للقضاء بالبراءة ما دام الحكم قد أحاط بالدعوى عن بصر وبصيرة"[٣].

---

[١] الطعن رقم ٩٢٨٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٤/٨

[٢] الطعن رقم ٢٩٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١/٨

[٣] الطعن رقم ٦٨٥٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١/١٤

الطعن رقم ٥٧٤٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٠

٣- "لا يشترط فى الشهادة أن ترد على الحقيقة المراد إثباتها بأكملها. كفاية أن يكون من شأنها أن تؤدى إلى الحقيقة باستنتاج سائغ. تساند الأدلة فى المواد الجنائية"[١].

٤- "الجدل الموضوعى فى تقدير الأدلة أمام النقض. غير مقبول"[٢].

٥- "تأثيم إنسان ولو بناء على اعترافه. غير جائز .متى كان مخالفاً للحقيقة"[٣].

٦ – "عدم تقيد القاضى عند محاكمة متهم بحكم آخر فى ذات الواقعة ضد متهم آخر "[٤].

٧ – " للمحكمة التعويل على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها قرينة معززة لما ساقته من أدلة"[٥].

٨ - ومن المقرر قانوناً، وعلى ما استقر عليه فضاء هذه المحكمة، أن الدعوى تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد إبداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، أما إعلان الخصم بها فقد أصبح فى ظل قانون المرافعات الحالى إجراءً منفصلاً عن رفع الدعوى، وتالياً له **قصد منه المشرع** إعلامه بها وبطلبات المدعى فيها، وبالجلسة المحددة لنظرها كى يعد دفاعه ومستنداته **وذلك تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم** الذى كما يتم بإعلان الخصم يتم بحضوره الجلسة وإحاطته بموضوع الخصومة والطلبات وأوجه الدفاع المطروحة فيها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه"[٦].

٩ – " حق محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها متى بنى على مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه. ثبوت أن الفعل الذى قارفته الطاعنة لا يجرمه القانون"[٧]. أثره: نقض الحكم والقضاء ببراءة الطاعنة .

---

١ الطعن رقم ٢٠٩٤٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٠

٢ الطعن رقم ٢٠٩٤٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٠

٣ الطعن رقم ٤٦٤٠٣ لسنة ٥٩ ق

٤ الطعن رقم ٢٠٧٠٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٢

٥ الطعن رقم ٢٠٩٤٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٠

٦ الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٧/٤/٩

٧ الطعن رقم ٤٧٠٨٤ لسنة ٥٩ القضائية ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٠

١٠ – "من المقرر أن الطعن بالنقض فى المواد الجنائية حق شخصى لمن صدر الحكم ضده يمارسه، أو لا يمارسه حسبما يرى فيه مصلحته، وليس لأحد غيره أن ينوب عنه فى مباشرة هذا الحق إلا بإذنه، وكان الطعن فى الأحكام هو مما يلزم فيه توكيل خاص أو توكيل عام ينص فيه على ذلك، ولا يغير من ذلك صدور توكيل لاحق استناداً إلى قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ بتعديل إجراءات الطعن أمام محكمة النقض، ذلك أن التعديل تناول المادة السابعة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الواردة فى باب الطعن بالنقض فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الواردة فى باب الطعن بالنقض، فى شأن المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، **ولم يمتد إلى إجراءات الطعن فى المواد الجنائية** المنصوص عليها فى المادة ٣٤ من القانون ذاته"[1].

ويبدو هنا مدى الحرص فى تفسير النصوص الإجرائية الجنائية وتخصيصها بذاتية تميزها. **والأسلوب التفسيرى الذى تتبعه المحكمة العليا تارة ينبع من المنهج المنطقى المؤدى إلى تفسير واسع يحقق مجموعة من المبادئ العامة المستقرة فى وجدان المحكمة الموقرة. ومن هذه المبادئ يأتى مبدأ حسن سير العدالة على رأسها فى المسائل المتعلقة بالإجراءات.**

ولكننا رأينا فى الحكم الأخير نزوع المحكمة الموقرة إلى الأساليب التفسيرية المنتمية للمنهج اللغوى والواقعة عند حدود لفظ النص وما يؤدى إليه هذا الأسلوب التفسيرى من تضييق فى معنى النص.

وهذا التقلب الرشيد بين أساليب ومناهج التفسير والذى تقوم له المحكمة النقض ببراعة يؤكد وجهة نظرى فى أن شاغل المحكمة العليا يكون منصباً على تحقيق أهداف معينة مستقرة فى وجدانها بادية فى أحكامها فى صورة مبادئ عامة تلك المبادئ هى التى توجه المحكمة الموقرة إلى وجهة تفسيرية معينة ومنهج تفسيرى معين يحقق لها ما تصبو إليه.

وسواء أدى ذلك فى محصلته النهائية إلى تفسير واسع أو تفسير ضيق للنص المعروض عليها. وكذلك سواء أدى تحقق هذه المبادئ العامة إلى تفسير للنص فى صالح المتهم أو فى غير صالح المتهم . وهو ما سيتضح بجلاء بمقارنة المبادئ السابق سردها بالمبادئ القضائية التالية لمحكمتنا العليا.

– الطعن رقم ٢٢٨٩ لسنة ٦٢ ق جلسة جلسة ١٩٩٧/٣/١٧

[1] الطعن رقم ١٦٤٠٤ لسنة ٦٤ القضائية جلسة ١٩٩٧/٣/٢٨

خامساً : توسع المحكمة فى تفسير النصوص الإجرائية لصالح المتهم أحيانا:

المثال الأول

الطعن رقم ١٩٨٢ لسنة ٦٣ القضائية

- **تلخيص المبدأ :**

"الصلح فى الجرائم المشار فى المادة ١٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية، والمضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ أثره: انقضاء الدعوى الجنائية.

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة "لما كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة ٣٥من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩تخول محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى .

وأنه ولئن كان نص المادة ١٨ مكرراً (أ) المشار بيانها يوحى ظاهرة أنه ينتظم مسألة إجرائية، إلا أن أثر إعماله من شأنه تقييد حق الدولة فى العقاب بتقريره انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح بدلا من معاقبة المتهم. ومن ثم، فإنه بهذه المثابة يقرر قاعدة موضوعية يتعين سريانها، عند توافر شروط تطبيقها، على الدعاوى التى لم تنته بصدور حكم بات فيها".

والملاحظ على هذا الحكم أمران :

أولاً: توسعه فى فهم النص الإجرائى بالنظر فى مآلات تطبيقه "أثر إعماله" على حد تعبير المحكمة. **ومن ثم اعتبار القاعدة المنطوية عليها المادة ٢١٨ قاعدة موضوعية، رغم كون الوقوف عند مدلول ألفاظ النص كان يحتم اعتبارها قاعدة إجرائية. ومن ثم انسحاب المبدأ المستقر فى قضاء المحكمة العليا بعدم سريان قاعدة القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى على الواقعة المطروحة. غير أن النظر إلى مضمون النص الجنائى. وأثر إعماله جعل المحكمة العليا، كما أعتقد ، تنظر إلى القاعدة باعتبارها قاعدة موضوعية وليست إجرائية. ومن ثم يستفيد المتهم من ذلك بتطبيق النص بأثر رجعى باعتباره أصلح للمتهم، وهذا استخدام لقواعد المنهج المنطقى فى التفسير بالنظر إلى مضمون النص، وعدم الوقوف عند ظاهره.**

ثانياً : أن هذا التوسـع المجرد للمتهم فى نص إجرائى لا يعد خروجاً من المحكمة عن اتجاهها العام فى تفسير النصوص الإجرائية التى تدور حول الغاية من الإجراء بعض النظر عن مصـلحة المتهم أو المجنى عليه أو النيابة. **وذلك من وجهة نظرى لتطابق مصـادف للغاية الإجرائية من النص مع مصـلحة المتهم دون أن تقوم المحكمة العليا ، عن تعمد، بتقديم مصـلحة المتهم على غيرها عند التفسير، بل توافقت تلك المصلحة مع المبدأ العام الموجه لأسلوب المحكمة التفسيرى ألا وهو حسن سير العدالة.**

المثال الثانى

الطعن رقم ٢٥٢٤٣ لسنة ٦٧ القضائية

- **تلخيص المبدأ :**

"عدم اسـتماع المحكمة لأقوال المراقب الاجتماعى قبل الحكم على الطفل يبطل الحكم، ولو كان صـادرا من محكمة جنايات أو أمن الدولة العليا أسـاس ذلك.

ومن حيث إنه من المقرر بالنسبة إلى المادة ٣٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤، بشأن الأحداث التى حلت محلها بنصها ذاته، فيما عدا استبدال محكمة الطفل بكلمة "الحدث" المادة ١٢٧من قانون الطفل الصـادر بالقانون رقم ١٢ لسـنة ١٩٩٦، والذى جرت المحاكمة فى الدعوى الماثلة فى ظله، أن إيجاب المشـرع على المحكمة قبل الحكم على الطفل فى الحالات التى أوردها النص ذاك ، ومنها مواد الجنايات على إطلاقها، الاسـتماع إلى أقوال المراقب الاجتماعى بعد تقديمه تقريراً اجتماعياً يوضـح العوامل التى دعت الطفل للانحراف أو التعرض له ومقترحات إصـلاحه، هو، فى تكييفه الحق ووضـعه الصـحيح، إجراء من الإجراءات الجوهرية قصد به الشـارع مصلحة المتهم الطفل، بما يعنياه من إحاطة محكمة الموضـوع بالظروف الاجتماعية والبيئية، والعوامل التى دفعت الطفل إلى ارتكاب الجريمة، أو ذمت به إلى الانحراف، والوقوف على وسـائل إصـلاحه، وذلك حتى تكون على بينة من العوامل تلك، وما لها من أثر فى تقرير العقاب، وفى اختيار التدبير الجنائى الملائم للطفل بغية إصـلاحه، وأن عدم الاسـتماع إلى المراقب الاجتماعى يكون قعوداً عن هذا الإجراء الجوهرى يترتب عليه البطلان.

وما جرى به نص الفقرة الثانية من المادة ١٢٢من وجوب أن تبحث محكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة العليا ظروف الطفل من جميع الوجوه قبل أن تصـدر حكمها، أن المشـرع قد عهد إلى كل من هاتين المحكمتين بحث ظروف

الطفل، وهى المهمة التى يتولاها على السياق المتقدم، الخبيران الأخصائيين اللذان أوجب قانون الطفل فى المادة١٢١منه حضورهما إجراءات المحاكمة أمام محكمة الأحداث، وأمام المحكمة الاستئنافية المشكلة لنظر استئناف الأحكام الصادرة منها، وذلك دون محكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة العليا حين تتولى نظر قضايا الجنايات التى يتهم فيها الطفل فى الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة١٢٢. ومن ثم، لا يكون قيام المحكمة فى هذه الحالة ببحث ظروف الطفل من جميع الوجوه بنفسها دون وجوب حضور خبيرين من الأخصائيين يتوليان هذه المهمة ، بديلا عن تقديم المراقب الاجتماعى تقريرا اجتماعيا أو عن سماعه[1].

ويلاحظ على هذا الحكم :

أولاً : استخدامه للعامل التنسيقى بين النصوص، وهو من وسائل المنهج المنطقى فى التفسير .

ثانياً : أن الغاية من الإجراء كانت هى مدار التفسير الواسع للنص، والذى تطابق من غير استهداف متعمد من المحكمة العليا، فيما نعتقد، مع مصلحة المتهم الطفل (الحدث). ومن ثم كان حسن سير العدالة هو محور ما تحرص عليه المحكمة العليا عند تفسيرها للنص جريا على خطتها التى استقرأناها، باعتباره من النصوص الإجرائية.

المثال الثالث

الطعن رقم ٩٥١١ لسنة ٦٣ القضائية

"وجوب الحكم بترك الدعوى الجنائية فى حالتى ترك الدعوى المدنية، واعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركاً لها، إذا كانت الدعوى قد رفعت بطريق الادعاء المباشر، ولم تطلب النيابة العامة الفصل فيها كانت المادة ٣٥ من قانون

---

١ انظر كذلك الطعن رقم ٥٦٣٩ لسنة ٦٧ القضائية وقد أوردناه كاملا فى الجزء الخاص بالنسخ الضمنى عند بحث قواعد المنهج التاريخى .

حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩قد نصت فى فقرتها الثانية على أن "ومع ذلك، فللمحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا تبين لها ٠٠٠ أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى " وكان القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨، متقدم البيان، قد أوجب الحكم بترك الدعوى الجنائية فى حالتى ترك الدعوى المدنية، واعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركاً لها إذا كانت الدعوى قد رفعت بطريق الادعاء المباشر، ولم تطلب النيابة العامة الفصل فيها، فإنه يسرى على واقعة الدعوى. لما كان ذلك، وكان وكيل المدعى بالحقوق المدنية يبيح له الصلح والإقرار قد قرر بجلسة ١٩٩٣/١/٣١بتنازله عن الدعوى المدنية، وصدر الحكم المطعون فيه بإثبات تنازل المدعى بالحقوق المدنية عن دعواه المدنية، وهو قرين ترك تلك الدعوى، وكانت النيابة العامة لدى محكمة النقض التى تقوم بأداء وظيفة النيابة العامة أمامها – عملاً بنص المادة ٢٤من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ ١لسنة ١٩٧٢، لم تطلب الفصل فى الدعوى الجنائية، فإنه يجب تطبيق القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ على واقعة الدعوى، والقضاء بنقض الحكم المطعون فيه وترك الدعوى الجنائية. ولا يغير من ذلك أن تكون الطاعنة هى النيابة العامة ذلك أن قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، بعد أن بين أحوال الطعن بالنقض، وحدد ميعاد التقرير بالطعن وتقديم أسبابه. ونص فى الفقرة الأولى من المادة المذكورة على ظهور أسباب جديدة بعد فوات ذلك الميعاد، عاد فى الفقرة الثانية من المادة المذكورة، وخول لمحكمة النقض أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها لصالح المتهم فى الأحوال التى بينتها تلك الفقرة، دون تحديد لشخص الطاعن من طرفى الدعوى الجنائية، وهو ما يدل على أن لهذه المحكمة استخدام الرخصة المخولة لها فى هذه المادة حتى ولو كان الطعن من النيابة العامة "[1].

ونلاحظ على أسلوب المحكمة الموقرة التفسيرى فى هذا الحكم أنه يؤدى إلى هذا التفسير الواسع للنص، والذى يساوى بين الطاعنين فى النصوص الإجرائية أياً كانوا. ومن ثم اعتبر النيابة العامة مثلها مثل أى طاعن. وذلك يعد سيراً من المحكمة العليا على مذهبها فى تفسير النصوص الإجرائية، والذى اجتهدنا فى استقرائه، وهو ابتغاء حسن سير العدالة، والتعميم بقدر الإمكان لمجالات إعمال القواعد الإجرائية دون التفات لمصلحة طرف متهماً كان أم غيره. ومن ثم جاء تفسير النص المذكور مؤكداً على

[1] المادة ٢٦٠ إجراءات جنائية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ .

التســاوى بين أطراف الطعن من الناحية الإجرائية، وقد وافق ذلك، دون تعمد فيما نعتقد ، مصلحة المتهم فأمضته المحكمة العليا.

والأسلوب التفسيرى المستخدم يعد منتمياً للمنهج المنطقى فى التفسير، والذى أطلق معنى الألفاظ التى صــيغت منها المادة محل البحث لما يقتضـــيه بلوغ الغاية من تقرير النص من المساواة بين الخصوم، ومنهم النيابة العامة. وكان من أوجه تلك المســاواة: مســاواة ســلطة ومكنة المحكمة العليا على طعونهم جميعاً سواءً بسواء.

المطلب الثانى
التطبيقات القضائية لقواعد المنهجين اللغوى والمنطقى المؤدية إلى التضييق من المدلول اللفظى للنص الجنائى

تمهيد
ضبط قواعد المنهج المنطقى لفكرة القصد الخاص (النظرة الجديدة للقصد الخاص)

- **بيان الصلة بين فكرة القصد الخاص والتفسير القضائى للنصوص الجنائية :**

يعبر الشارع عن تطلبه للقصد الجنائى بجملة تعبيرات مثل: عمداً، سوء القصد ، قصد الإساءة، نية الإضرار، بقصد الربح، أو بقصد سلب كل ثروة الغير أو بعضها. وقد استند القائلون بفكرة القصد الخاص إلى مثل هذه التعبيرات للدلالة على توافره، بل إن بعضهم قد أجهد نفسه ولم يكتف بصريح النص، بل تعمق فى البحث مستلهماً مضمونه، وطبيعة الجريمة، متخذاً منهما، بالإضافة إلى النص الصريح، معايير للتفرقة بين القصد العام والخاص[1]. ومثل هذه العبارات لا تعدو فى نظر فريق من الفقهاء[2]أن تكون وسيلة الشارع لتحديد الصورة التى يتجسد فيها المساس بالمصلحة القانونية. أى تحديد صورة الغاية من ارتكاب الجريمة، وسوف نرى، أن الفقه قد اختلف بالنسبة لبعض صور الركن المعنوى لذات الجريمة، حول ما إذا كان المطلوب قصداً عاماً أم خاصاً، على الرغم من وحدة المصلحة المعتدى عليها.

وسنحاول استقراء أحكام المحكمة العليا المتعلقة بجرائم اشترطت المحكمة لاكتمال أركانها توافر قصداً خاصاً محاولين إثبات أو نفى الصلة بين فكرة القصد الخاص، واستخدام قواعد المنهج المنطقى فى تفسير النصوص محل البحث .

وقد جعلنا من هذا البحث القيم أساساً لهذا الجزء من الدراسة فيما يتعلق بتتبع الجرائم التى تشترط المحكمة العليا لاكتمال أركانها توافر قصداً خاصاً،

---

[1] د / عبد المهيمن بكر : **القصد الجنائى** ، ص ٢٩٤ .

٢ د/ حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص٢٦٥ . وقد جعلنا من هذا المبحث القيم مرتكزاً علمياً وأساساً نبنى عليه فكرتنا الجديدة . وجميع المراجع التى استندت إليها فى عرض هذا الاجتهاد أرشدنى إليها هذا المبحث العلمى الفريد .

ويعتبر اجتهادنا الجديد فى تكييف القصـــد الخاص متلائماً مع ما انتهى إليه أستاذنا الدكتور حسنين عبيد ومكملاً له.

المطلب الثالث

الأمثلة التطبيقية لفكرة القصد الخاص فى بعض الجرائم

نحاول فى هذا المبحث إلقاء الضوء على التفسيرات الفقهية والقضائية للنصـــوص الجنائية المتضـــمنة عددا فى الجرائم، والتى يذهب معظمها إلى ضـــرورة توافر قصـــداً خاصـــاً لقيامها، وهى على الترتيب جرائم التزوير فى المحررات، وجرائم الاعتداء على الأموال من ســـرقة ونصـــب، وأخيراً جرائم القتل العمد.

المثال الأول

جرائم التزوير فى المحررات

تعتبر جريمـة التزوير فى المحررات من أهم الجرائم التى كـاد أن ينعقد إجماع الفقه والقضـــاء على اســتلزام قصـــد خاص لدى فاعلها. وقد كانت محلاً لجدل كبير نتيجة لعدم تعريفها وتحديد أركانها من جانب الشـــارع على نحو يحسم هذا الخلاف، حيث اكتفت معظم التشريعات، ومن بينها التشريع المصرى ببيان طرق التزوير وأنواع المحررات وصفه الجانى[1].

وغنى عن الذكر أن بحثنا يقتصـــر على اســـتجلاء طبيعة القصـــد الجنائى المتطلب لدى فاعلها، وبيان الصـــلة بين قواعد التفســـير وتحديد مضـــمون هذا القصد. ولكن مثل هذا الاستجلاء إنما يقتضى بداءة الوقوف على المصلحة التى اســـتهدف الشـــارع حمايتها بتجريم التزوير، قبل أن يعرض لما دار من خلاف

---

١ **راجع على سبيل المثال :**

- المواد من ٢١١-٢٢٧ عقوبات مصرى ، والمواد من ١٤٥ -١٦٢ عقوبات فرنسى ، والمواد من ٤٦٧ – ٤٩٣ عقوبات ايطالى .
- د/ عوض محمد : القصد الجنائى فى تزوير المحررات ، **مجلة الحقوق** ، العدد الثانى ،١٩٧٠ ، ص ٢٣٤ وما بعدها .
- د/ مأمون سلامة : **شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٨٤ .

حول تحديد مضــمون هذا القصــد، وعليه ... نتناول الحديث عن نقطتين هما : المصلحة المحمية ونوع القصد.

١- المصلحة المحمية :

كان تحديد المصلحة المحمية بنصوص التزوير، باعتبارها المحل القانونى للجريمة، محلا لجدل كبير. تمخض عنه اختلاف مماثل حول تحديد أركانه، ولم يقف الأمر عند ملاءمة الوقوف على هذه المصــلحة، ولكنه تعداه إلى اختيار واحدة أو أكثر يمكن القول فى شـأنها بأن المشـرع اسـتهدف حمايتها حينما أورد نصـــوص التزوير[١]. ويتضـــح من اســتقراء آراء الفقهاء وأحكام القضـــاء أن المصلحة المحمية من النصوص المجرمة للتزوير تدور حول محاور ثلاثة هى: أدلة الإثبات، والثقة العامة. والمصلحة الخاصة التى يحميها المحرر[٢].

والذى يعنينا بالنسـبة لنظرية التفسـير ، والفكرة التى نود إيضـاحها بتبيان الصـلة بين فكرة القصد الخاص وتفسير النص الجنائى هى المصـلحة الخاصـة المرتبطة بالمحرر المزور. حيث يسـود الرأى حول تطلب المصــلحة المرتبطة بالمحرر، واعتبارها أسـاسـاً للتجريم فى المحررات العرفية دون الرسـمية التى تكتفى فى شأنها بالثقة العامة[٣] .

---

[١] قد ذهب البعض إلى إقصاء فكرة المحل القانونى للجريمة من مجال البحث . بحسبانه جهدا عقيما لا طائل منه، كما ذهب فريق آخر إلى ان التزوير يضم مجموعة من الجرائم لا تنتظمها مصلحة قانونية واحدة . بل تربطها وحدة الوسـيلة أو الأسـلوب الذى تقع به الجريمة . اما المصـلحة القانونية فهى متغيرة من حال لأخرى . وقد تكون هى المال أو الحرية أو الشـــرف أو الحياة .. الخ . ومن ثم كان التزوير جريمة مبهمة . لأنها لا تلحق الضـــرر دائما بمال محدد ، وإنما تضـر بمصـالح متعددة . ولهذه يجب أن تحتل مكانها بين مجموعة الجرائم التى تتفق معها فى ذلك . أى تلك الجرائم التى يكون الجامع المشترك بينها ليس هو المصلحة وإنما الأسلوب أو الوسيلة راجع فى عرض هذه الآراء :

- د/ عوض محمد : **المرجع السابق** ، ص ٤٢٧ .
- د/ حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٥٣ وما بعدها .

[٢] د / حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٥٦ .

[٣] **راجع على سبيل المثال** :

- نقض ٢٣ مايو ١٩٣٣ **مجموعة القواعد القانونية** ح١ رقم ١٨٦ ص ٣٧٠ .
- نقض ١٧ مايو ١٩٣٧ ، **مجموعة القواعد القانونية** ح٢ رقم ١٩٠ ص ٣٦٢ .

وهذا المسلك يفسره اعتبار الضرر عنصراً فى الركن المادى للجريمة فى رأى البعض ، أو ركناً مستقلاً على حده لدى جانب منه، وتفهم المصلحة بمعناها الواسع، فلا تقتصر على المصالح المالية وحدها، بل تمتد لكل مصلحة قانونية مرتبطة بالمحررات، سـواء كانت مادية أو معنوية، ولذلك، يجرى الفقه عند معالجته للضـرر على تقسيمه إلى مادى ومعنوى، ويسوى فى الحكم بينهما[1]. وهذا الرأى صحيح، وإن كان يفتقر إلى سند تشريعى واضح يؤيده ، ولكن قواعد التفسير تقود إليه، وهى تجمل فى اثنتين:

الأولى تتعلق باستقراء النصوص الواردة فى باب التزوير، ويكشف ذلك عن أن المشرع قد قرر عقوبة الجنحة لبعض صور التزوير الحاصل فى المحررات الرسمية، على خلاف الأصل، كما هو الحال فى المادة ٢٢٠التى تقرر عقوبة الحبس للموظف العام لمدة لا تزيد على سنتين إذا أعطى تذكرة سفر أو تذكرة مرور باسم مزور مع علمه بذلك[2]، ومن ناحية أخرى فقد نص على عقوبة الجناية بالنسبة لبعض صور التزوير الحاصل فى محررات عرفية، على خلاف الأصل أيضاً. كما هو الحال بالنسبة للمادة ٢١٤مكرر التى تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من زور فى محرر لإحدى الشركات المساهمة، أو لإحدى الجمعيات التعاونية، أو النقابات المنشأة طبقاً للقانون أو لإحدى المؤسسات أو الجمعيات المعتبرة قانوناً ذات نفع عام مع مضاعفة العقوبة، أى تكون عشر سنوات، إذا وقع التزوير فى محرر لشركة، أو جمعية، أو مؤسسة، أو منظمة أو منشأة تسهم الدولة أو إحدى الهيئات العامة فى مالها بنصيب ما بأية صفة كانت، ويكشف ذلك، بحق، عن حقيقة هامة، هى أن المشرع لم يقنع فى شأن العقاب على التزوير بالثقة العامة وحدها، ولكنه أضاف إليها المصلحة التى يحميها المحرر المزور، ومن أجل هذا رأيناه يخفف من عقوبة التزوير فى محرر رسمى، المعتبر من الجنايات، لضآلة المصلحة المعتدى عليها فى تقديره، ويغلظ من عقوبة التزوير الحاصل فى محرر عرفى، لما ارتآه من أهمية المصلحة التى يتضمنها هذا المحرر، ولو كان الأمر يقف فى نظره عند حد الثقة العامة لسوى فى العقاب بين صور التزوير سواء كان المحرر رسمياً أو عرفياً .

---

[1] د/محمود محمود مصطفى : **المرجع السابق** ، ١٣٣ ص ١٥٥، ١٥٦.

- د/ رؤوف عبيد : جرائم التزييف والتزوير ، ص ١٠٥ .
- الأستاذ / محمود إبراهيم إسماعيل : **شرح قانون العقوبات المصرى فى جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير** ، الطبعة الثالثة ، ص ٢٩٨ .

[2] د / مأمون سلامة : **شرح قانون العقوبات** ، **القسم الخاص** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٨٨ وما بعدها .

وتتصل الثانية : بالقياس على القانون الفرنسى الذى نقلنا عنه نصوص التزوير نقلا يكاد أن يكون حرفياً، وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيان على أن التزوير يلحق الضرر بمصلحة أخرى تغاير الثقة العامة[1]، وهما يقصدان بذلك المصلحة المرتبطة بالمحرر المزور. ولكن المشرع المصرى لم يشأ أن يقنن ما استقر عليه الرأى فى فرنسا. ومن القواعد المقررة فى التفسير، إمكان الرجوع إلى الأصل التاريخى للنص تفسيره.

ومن هذا يتبين: أن التزوير من الجرائم التى تنطوى على مساس بأكثر من مصلحة قانونية، وأولى هذه المصالح هى الثقة العامة، وهى تتميز بالثبات فى جميع صور التزوير، وثانيتها هى المصلحة المرتبطة بالمحرر المزور، وهى متغيرة من حال، ولا عبرة بعد ذلك بطبيعة المحرر، أى سواء كان رسمياً أو عرفياً.

٢- نوع القصد الجنائى :

على الرغم من اتفاق الفقه والقضاء، فيما يشبه الإجماع، على أن القصد المتطلب فى جريمة التزوير هو قصد خاص. إلا أن هذا الاتفاق ينفض حينما يتصديان لتحديد مضمونه، ونصادف فى هذا المجال ثلاثة آراء: يرى أولها أن القصد الخاص إنما يتمثل فى نية الإضرار بالغير، ويحصره ثانيها فى نية الاحتجاج بالمحرر المزور، أما الأخير فيذهب إلى أنه يتحصل فى نية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله[2].

القصد الخاص اللازم لقيام جريمة التزوير فى اتجاه نية الجانى وقت ارتكاب الفعل إلى استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله[3]. وتحديد القصد

---

[1] د / عوض محمد : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٩ وما بعدها .

- د / حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٥٩ وما بعدها .

[2] - د / عوض محمد : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٦ .

- د / مأمون سلامة : **شرح قانون العقوبات** ، **القسم الخاص** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٥٣ .

[3] - نقض ٤ إبريل سنة ١٩٣٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ١٩٦ ص ٢٠١

- نقض ٣ مايو سنة ١٩٤٣ ج ٦ رقم ١٧٨ ص ٢٤٤
- نقض٧ فبراير سنة ١٩٥٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١ رقم ١٠٣ ص ٣١٢
- نقض ١١ يونيو سنة ١٩٥٧ س ٨ رقم ١٧٨ ص ٦١٥
- نقض ٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٩٦ ص ٩٥٠

الخاص على هذا النحو هو الذى يبرر العقاب علة التزوير، فالخطورة لا تكمن فى تغيير الحقيقة فى ذاته، وإنما فى استهداف التزوير به استعمال المحرر المزور، مثال ذلك أن يصطنع شخص كمبيالة ويضع عليها إمضاء صديق له ليبين للحاضرين طريقة كتابة الكمبيالة دون أن تتجه النية إلى استعمالها[1].

ويلاحظ أن نية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله تكفى لتوافر القصد وقيام جريمة التزوير لا يتوقف على استعمال المحرر المزور. ذلك أن كلاً من جريمة التزوير أو استعمال المحرر المزور مستقلة عن الأخرى تماماً.

ونحن نرى أنه بالنسبة لتفسير نص المادة ٢١٣ عقوبات. فإن جمهور الفقه المصرى يذهب إلى أن للقصد الخاص سندا تشريعيا فى هذا النص مستفاداً من عبارة " بقصد التزوير"**Frauduleusement**"، وهذا التفسير غير صحيح لأكثر من سبب: أولها: أن المشرع بهذه العبارة لم يفصح عن مضمون القصد، فهى عبارة تتسع لحماية أكثر من مصلحة قانونية.

وثانيها : أن الرجوع إلى الأصل الفرنسى والوقوف عند "قصد الغش" لا يضيف جديداً، وتجعلنا نتساءل عن المقصود بالغش، وهو كذلك لفظ عام يتسع لكلا القصدين ليحمى أكثر من مصلحة قانونية. وهى عبارة مرادفة لغيرها، مثل "زور"، أو "ارتكب تزويراً" اللتين استعملهما فى مواضع أخرى داخل باب التزوير[2]. وأخيراً . فإن الرجوع إلى الأصل التاريخى لنص المادة ١٤٦ عقوبات فرنسى التى أخذ عنها نص المادة ١٩١ عقوبات قديم (٢١٣ حاليا) يكشف بجلاء عن أن المقصود بعبارة "قصد التزوير" إنما هو تأكيد العلم بتغيير الحقيقة، حتى تتجرد الجريمة من غلط يسهل حصوله. أو يكون حصوله عاماً[3]، وهو يفسر لنا وجود هذه العبارة فى النص الخاص بالتزوير المعنوى دون ذلك الخاص بالتزوير المادى .

فكثيراً ما يسطر الكاتب وقائع مزورة على اعتبار أنها صحيحة دون علم بتزويرها. وعلى ذلك فإن الفارق بين نوعى التزوير، لا يكمن فى وضوح القصد فى الأول و خفائه فى الثانى، وإنما ينحصر هذا الفارق فى مظنة الجهل

---

[1] – الأستاذ / أحمد أمين : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٩ .

– د / السعيد مصطفى السعيد : **المرجع السابق** ، ص ١٥٨ .

[2] د / محمد مصطفى القللى : **المرجع السابق** ، ص ١٥٥ ، ١٥٦

[3] د/ أحمد فتحى زغلول : **المحاماة** ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٠٠ ، ص ٦٠ .

بتغيير الحقيقة فى الثانى بدرجة أكبر من مظنته فى الأول. وهو ما يتجلى فى نص المادة ٢١٣، محل البحث ، بشكل بالغ الوضوح[١].

أما عن المصلحة المحمية بنصوص التزوير، فقد خلصنا إلى أن نصوص التزوير من الجرائم التى تتكفل بحماية أكثر من مصلحة، وحصرناها فى اثنين: تتمثل أولاهما فى الثقة العامة وهى ثابتة، وتتمثل ثانيتهما فى المصلحة المرتبطة بالمحرر وهى متغيرة من حال لأخرى، واستناداً إلى هذا التحليل. نقرر أن العدوان على هاتين المصلحتين يعد متحققاً بتحقيق الضرر الذى هو عنصر فى الركن المادى . والذى يمثل النتيجة المترتبة على سلوك الجانى، وإذا كانت هناك غاية يبتغيها الجانى، فهى تعد متحققة بدورها بتحقيق تلك النتيجة. أما ما يعقب ذلك من غايات فلا عبرة به فى تكوين القصد. طالما كانت هذه الغايات غير مرتبطة ارتباطاً لازماً بالنتيجة. أى بالعدوان المباشر على المصلحة التى يحميها القانون.

- **رأينا المقترح : تحديد القصد الجنائى تبعاً للمنهج التفسيرى المنظور من خلاله إلى النص الجنائى :**

مما سبق، أن جمهور الفقه فى مصر وفرنسا، ومعه القضاء يرى أن نصوص التزوير تتطلب، بصياغتها الحالية أو القديمة، قصد خاصاً لتوافر الركن المعنوى لجرائم التزوير. والقصد الخاص الذى تطلبته محكمة النقض جرياً منها على رأى جمهور الفقه مضمونه، كما سلف البيان، يدور بين نية الإضرار بالغير ونية الاحتجاج بالمحرر المزور ونية استعماله فيما زور من أجله، وإذا ما نظرنا إلى المصلحة المحمية بنصوص تجريم التزوير ألفيناها، كما قدمنا ذات مضامين متعددة تبدأ بالثقة العامة فى المحررات، وذلك فى جميع صور التزوير، ثم تكتمل بمصالح خاصة متغيرة مرتبطة بالمحرر المزور، وما أعد من أجله.

والذى نراه مؤيد باستقراء الأحكام القضائية سالفة الذكر وآراء الفقهاء، أن سبب لجوء الفقه والقضاء إلى فكرة القصد الخاص هو الرغبة فى تحديد أكثر دقه للركن المعنوى فى جرائم التزوير، وذلك بسبب اتساع ألفاظ النصوص المنظمة لهذه الجرائم لحالات ومدلولات تخرج بالتأكيد عن قصد الشارع من تجريم التزوير، مثال ذلك، ما سبق الإشارة إليه من حالات الغلط الذى يسهل

---

[١] د/ عوض محمد : **المرجع السابق** ، ص ٥١٩ .

حصـوله، أو يحصـل بصـفة عامة، وأبرزها ما إذا كان الكاتب للبيانات المزورة لا يعلم بتزويرها .

فجاءت فكرة القصـد الخاص فى رأينا كحل فنى اهتدى إليه القضـاء والفقه لضـبط الألفاظ العامة والصـياغات التشـريعية الفضـفاضـة فى إطار المصـلحة المحميـــة بالنص، وكانت الوسيلة التفسيرية التى استخدمت لبلوغ هذه الغاية هو استخدام لقواعد المنهج المنطقى بطبيعة الحال ذلك المنهج، وعلى ما سلف بيانه، يقضـــى التعرف على العلة من النص الجنائى بمعرفة المصـــلحة المحمية من وراء النص، والوقوف بألفاظ النص عند الحد الذى يوفر ويكفل تلك الحماية، وبتعبير آخر تحديد مضـــمون النص، والتى تدور بصـــفة عامة حول فكرة المصـــلحة المحمية كرحى تدور حوله الإرادة التشـــريعية، والتى يجب تفســـير النص على أساسها.

وعلى ذلك فكلما وجد القضاء والفقه الصياغة التشريعية منضبطة ومحددة التحديد المعبر عن الإرادة التشـــريعية، وذلك بقيام الأنموذج القانونى بدوره فى صـيانة المصـلحة المراد حمايتها حينئذ يقنع القضـاء والفقه بالقصـد العام بشـقيه العلم والإرادة لتحديد الركن المعنوى للجريمة، وكلما كانت الصـياغة التشـريعية غير مطابقة للإرادة التشـريعية فى اتجاه الاتسـاع، وإدخال احتمالات تفسـيرية غير مقصـــودة بالتجريم جاءت فكرة القصـــد الخاص لتضـــبط مدلول النص عند الحدود المقصـــودة من المشـــرع باســـتخدام قواعد وأدوات المنهج المنطقى فى التفسـير، والتى تدور حول مراعاة المصـلحة المحمية، وإيقاف مدلولات الألفاظ المكونـة للنص التجريمى، إيقـاف تلك المـدلولات عنـد نهـايـة الحمـايـة المرادة للمصلحة، دون أن تتعداها إلى ما سواها من المعانى المتاحة لغوياً.

المثال الثانى
جـريمـة السـرقة

يقصـــد بها تلك التى تنطوى على عدوان على حق ذى قيمة مالية، وهى عديدة ومتنوعـة، وتنقسم إلى جملة تقسيمات يهمنا منها ذاك الخاص بالتفرقة بين جرائم الإثراء وجرائم الإضرار. وأساس هذه التفرقة هو ما يصيب الذمة المالية لكل من الجانى والمجنى عليه .

ففى الحالة الأولى: يتحقق الإثراء للجانى ولو بصفة مؤقتة. يقابله افتقار المجنى عليه. أما فى الحالة الثانية: فإن ذمة الجانى لا تحظى بإثراء. لأن الأمر يقف عند مجرد الإضرار بالمجنى عليه. ويمثل للطائفة الأولى بالسرقة والنصب وخيانة الأمانة. بينما تعد جريمة إتلاف المنقول من أهم أمثلة الثانية[1].

ونود أن نشير إلى أن ثمة جامعاً مشتركاً بين جرائم تلك الطائفة، يتمثل فى موضوعها والقصد من ارتكابها: فهى تقع دائماً على مال منقول، وتستلزم توافر القصد الجنائى، أما الذى يفرق فهو وسيلة الجانى التى تتمثل فى انتزاع المال من حيازة المالك أو الحائز بغير رضاه فى السرقة، وفى الحصول عليه من جانب صاحبه تحت تأثير الوسائل الاحتيالية فى النصب، وفى تغيير الجانى نيته فى حيازة من وقتية أو ناقصة إلى دائمة أو كاملة فى خيانة الأمانة.

وبالنسبة لجريمة السرقة فقد أدلى الشارع بتعريفها عن طريق تعريف السارق بأنه "كل من اختلس منقولاً مملوكاً للغير" وهو ترجمة شبة حرفيه لنص المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسى[2]. وقد أفصحت عن القصد الجنائى مستعملة عبارة "بقصد الغش" **frauduleusement** الذى كثيراً ما أورده فى نصوص متفرقة[3]. وتنهض هذه الجريمة على ركنين مادى ومعنوى. ويتمثل الأول فى انتزاع مال منقول مملوك للغير من حيازة مالكه أو حائزه على غير رضى منه، أما الركن المعنوى فهو القصد الجنائى المتمثل فى العلم بكافة ماديات الجريمة واتجاه الإرادة إلى إتيانها، بالإضافة إلى "القصد الخاص" المتمثل فى "نية تملك المال المختلس"[4].

---

[1] د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ١٥ وما بعدها.

[2] الجدير بالذكر أن نص هذه المادة فى قانون العقوبات الفرنسى قد طرأ عليه تعديل تشريعى أكثر من مرة فى التسعينات من القرن الماضى . غير أن هذه التعديلات ليست ذات جدوى بالنسبة للمسألة المثارة بالمتن .

[3] د/ مراد رشدى فريد : النظرية العامة للاختلاس، **رسالة دكتوراه غير منشورة**، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٤٠٠.

[4] د / محمود محمود مصطفى : **المرجع السابق** ، ص ٤٧٥ .

– د/ محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٦ ، ص ٢٧ .

– د/ رؤوف عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٣٥٤ .

– د / حسن صادق المرصفاوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٩ .

المراجع الفرنسية والإيطالية المشار إليها فى مؤلف أستاذنا د/ حسنين عبيد ، **المرجع السابق** ، ص ١١٥ .

راجع فى القضاء المصرى :

– نقض ١٨ أكتوبر ١٩٤٣ **مجموعة القواعد القانونية** ج١ ص ٢٣٩ ص ٢١٦

ولتوضـيح فكرتنا فى الصـلة بين مضـمون القصـد الخاص، وعملية تفسير النص الجنائى نتعرض، كما فعلنا فى صـدد التزوير، لمسـألتين هما: المصـلحة المحمية، ومضمون القصد الخاص :

١- المصلحة المحمية :

كان تحديد المصلحة المحمية بنصوص السرقة محلا لخلاف فى الفقه الذى تردد بين فكرتى الحيازة والملكية. وقد اسـتند القائلون بفكرة الحيازة إلى تعريف الأستاذ "جارسون" للاختلاس من خلال نظريته الشهيرة فى الحيازة التى خلص فيها إلى أن الاختلاس يتحقق بسلب الحيازة ضد رغبة المالك أو الحائز السابق، أو هو سلب الحيازة الحقيقية بعنصريها المادى والمعنوى، وقد استخلص البعض من ذلك أن المصـلحة المحمية بنصـوص السـرقة هى الحيازة[١]، اسـتناداً إلى أن الحيازة الكاملة للمال لا تكون إلا للمالك وحده دون غيره من أصـــحاب الحيازة القانونية ، وإن كان لا يشـــترط أن تكون الحيازة له بنفســـه، بل يمكن أن تكون لغيره بشـرط أن تكون باسـم المالك الحقيقى، ونتيجة لذلك فإنه لا يتصـور وقوع السـرقة بمعناها الدقيق من المالك إذا انصـب فعل الاختلاس على مال محجوز عليه فاســترده م٣٢٣، أو على مال مرهون ضــمانا لدين عليه، أو على غيره فاســتولى عليه م ٣٢٣ مكرر، وإن أمكن اعتبار مســلكه فى الحالتين مكوناً لجريمة أخرى فى حكم السرقة أو ملحقة بها، أضف إلى هذا أن المشرع لم يحدد موضوع الدعوى الجنائية التى تقام على من يستولى على مال ضائع بنية تملكه، ولكن قد جرى على اعتباره ســرقة على الرغم من أن هذا المال ليس فى حوزة أحد، ومن ثم، لا يستقيم القول بأن "سارق" المال الضائع قد اعتدى على الحيازة بحسبانها المصلحة المحمية بنصوص السرقة[٢].

وذهب رأى آخر[٣]إلى أن المشــرع إنما اســتهدف بتجريمه الســرقة حماية الملكية مستنداً فى ذلك إلى جملة حجج :

أولها : أن القانون الرومانى قد أقام فكرة الاختلاس على أســاس حمايته لحق الملكية، مفرقاً بين ســرقة المنفعة، التى تعنى تحقيق منفعة أو مصـــلحة

– نقض١٩ نوفمبر ١٩٥٢ **مجموعة الأحكام** س ٣ رقم ٢٦٥ ص ٧١٠ .

[١] Garcon: **op. cit.** - n: ٤٨, **p** ٣٧٩.

[٢] Antolisei : parte speciale – ١ : n : ٥٣ – p : ٢١٧ .

[٣] د/ مراد رشدى : **المرجع السابق** ، ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

المختلس، وسرقة الاستعمال التى تعنى استعمال المال المملوك للغير رغماً عن إرادة مالكه وسرقة الحيازة التى تعنى تسليم المالك حيازة المال إلى الجانى على سبيل التأقيت، فيحتفظ بها لنفسه ويحولها إلى حيازة كاملة على سبيل الدوام، ولما كان حق الملكية يتضمن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، فإنه يتضح أن الصور المتقدمة ليست إلا عدواناً على حق الملكية ذاته .

وثانيها : أن المادة ٣١١ عرفت السرقة بأنها اختلاس مال منقول "مملوك للغير"، ولو كان المشرع يقصد حماية الحيازة لاستخدم عبارة "فى حوزة الغير". وثالثتها: أن فعل الاختلاس يمكن تصوره، ولو كان المال فى حوزة غير المالك، سواء بصفة عارضة أو على نحو قانونى يرتب حيازة قانونية للحائز، بشرط أن تكون الحيازة باسم المالك الأصلى، وإذا وقعت السرقة على مال فى حوزة أمين يحوزه حيازة ناقصة استناداً إلى عقد من عقود الأمانة، فإن المجنى عليه فى هذه الحالة هو المالك الأصلى.

وأخيراً فإن للملكية مدلولاً أعم وأشمل من معنى الحيازة التى هى استعمال السلطات الثلاثة المتقدمة، سواء باسم المالك أو بواسطة الغير. ومن ثم فإن هذا الاعتداء على حق الملكية فى إحدى صوره سيكون واضحاً وبعيداً عن أية مشاكل عملية أو قانونية مثل تلك التى تثيرها فكرة الحيازة[1].

ونرى مع جانب من الفقه وجوب الجمع بين فكرتى الملكية والحيازة، مع التأكيد على أن الملكية هى المحل الأصلى للاعتداء، أما الحيازة فإن الاعتداء عليها ليس إلا وسيلة للاعتداء على الملكية. وتفصيل ذلك: أن السارق لم يكن يحوز من قبل المال الذى استولى عليه، ومن ثم ، فهو يعتدى على حيازة المجنى عليه تمهيداً للاعتداء على ملكيته، وتتضح هذه الحقيقة عند المقارنة بين السرقة وخيانة الأمانة التى لا ينال الاعتداء فيها الحيازة، ذلك أن خائن الأمانة كان يحوز المال بسبب مشروع هو عقد الأمانة قبل ارتكابه جريمته. وهو لوجود ذلك المال فى حوزته استطاع الاعتداء على الملكية دون أن يكون مضطراً من أجل ذلك إلى الاعتداء على الحيازة، أما السارق فهو لا يستطيع الاعتداء على الملكية إلا إذا اعتدى فى الوقت ذاته على الحيازة[2].

---

[1] – د/ حسن أبو السعود : **المرجع السابق** ، ص ٤٩١ .
– د/ حسن المرصفاوى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٩ .
– د/ رءوف عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٥ .
– د/ مراد رشدى : **المرجع السابق** ، ٤١٦ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٤١٦، ٤١٧.

ونحن نرى أن هذا الجمع فوق منطقيته أقرب إلى التصور الذى قال به علماء الشـــريعة الإســـلامية، والتى يجدر بنا أن ندخلها دائماً حكماً بين آراء ومذاهب الفقه الوضعى المقارن توطئه منا لتهيئة المناخ القانونى قضاءً وفقها لتطبيقها الكامل[1].

وتأسيساً على ما تقدم نخلص إلى أن السرقة من الجرائم التى تنطوى على عدوان على مصـــلحتين هما: الملكية بصـــفة أصـــلية، والحيازة بصـــفة تبعية ولازمة.

٢- مضمون القصد الخاص :

يتجه القائلون بهذا النوع من القصـد إلى اسـتلزامه، بالإضــافة إلى القصـد العام الذى ينصـرف إلى كافة ماديات الجريمة، وهم يحصـرونه فيما يسـمى بنية التملك، وهى تعنى إرادة مباشـرة السـلطات التى ينطوى عليها حق الملكية، أى إرادة السلوك تجاهه كما يسلك المالك إزاء ملكه. وهى تقوم على عنصرين[2]:

أولهما : سـلبى، يتمثل فى إرادة حرمان المالك الشـرعى من سـلطاته على المال، فالســـارق قد بات يجحد حق المالك، ويصـــمم على الحيلولة بينه وبين مباشــرة سـلطاته على ماله، ومظهر ذلك، فى الغالب، هو العزم على عدم رده سواء بصفة تلقائية أو عند المطالبة به .

وثانيهما : إيجابى، يتحصـــل فى إرادة الســـارق الحلول محل المالك فى ســـلطاته على المال، أى أن يمارس عليه ســـلطات الاســـتعمال والاســـتغلال والتصــرف على نحو ما كان يفعل المالك. ويتضــح بذلك أن نية التملك لا تتجه إلى الملكيـة كحق، ولكن اتجـه إليهـا كمركز واقعى، وفحوى اقتصـــادى، أى مجموعة من الســـلطات والمزايا الفعلية، وهذا الرأى، كما يبدو وقد أفرط فى إظهار ما لم يقله المشـــرع، واســـتكمال نقص الصـــياغة المعيب للمادة ٣١١ عقوبات، إذ أن المشرع لم يستلزم فى نص المادة ٣١١عقوبات إطلاقاً هذه النية، فقد عرف الســرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير، فأفصــح بذلك عن جوهر الركن المادى وهو الاختلاس .

---

[1] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص٢٩،٢٨ .

- د / محمد إبراهيم زيد : **قانون العقوبات المقارن** ، **القســم الخاص** ، الإســكندرية ، ١٩٧٤، ص٢٥٦ وما بعدها.

- د / حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٨٥ .

[2] د / عبد القادر عودة : **قانون العقوبات الإسلامى** ، **الجزء الثانى** ، ص ٥ وما بعدها .

وعن المصلحة المحمية، وهى الملكية بصفة أساسية، كما قلنا، ولم يشـــر إلى الركن المعنوى[1] ، فإذا قيـل بـأن الأصل الفرنسى للنص المذكور بالإضافة إلى نص المـادة ٣٧٩ عقوبـات فرنســى يتحـدثـان عـــن هـذه النيــــة بعبارة **FRAuduleuement** التى تعنى الغش[2]، فإن هـذه العبـارة لا يمكـن ترجمتها بأوسع مما يتسـع مدلولها اللغوى، واعتبارها مرادفة لنيـة التملك، لأن كل ما تعنيه هــو انصـراف علـــم الجانى، واتجاه إرادته إلى أن المال الذى يستولى عليه غير مملوك له، وأنه يفعل ذلك رغما عن إرادة مالكه.

- **رأينا المقترح :**

مضمون القصد الخاص كضابط مستمد من استخدام قواعد المنهج المنطقى لتحديد مدلول النص تبين لنا أن الفقه والقضـاء مسـتقران على أن السـرقة لا يتصـور ارتكابها إلا عن عمد[3]، ويضـبطون الصـياغة التشـريعية الفضـفاضـة للنص كما وضح لنا باستخدام فكرة القصد الخاص مستخدمين مرة أخرى قواعد وأحكام المنهج المنطقى التى أفرزت "نية التملك" كضـابط يحدد حالات التجريم كما أرادها الشارع لا كما صاغها على هدى المصلحة المراد حمايتها[4].

المثال الثالث

جريمة النصب

يشـترك النصـب مع السـرقة فى كونها من جرائم الاعتداء على مال الغير، ويختلفان فى الوسـيلة التى يتم بها هذا الاعتداء: فهى الاختلاس فى السـرقة بينما هى التسليم المعيب فى النصب. ويقصد بهذا التسليم المعيب ذاك الذى يتم نتيجة

---

[1] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص١٠٢ ، وبحثه عن " القصد الجنائى فى جريمة السرقة " ، رقم ١٠ ، ص ٣٥ ، وأحكام القضاء المشار إليها فيه .

[2] مما دعا بعض الفقه إلى انتقاد هذا الرأى وعدم تأييده مطلقا انظر :

- د/ حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ .

[3] Mireille Delmas : note sur Cass Crim I٢ Mars ١٩٧٠, D.S.

مشار إليه فى مؤلف د حسنين عبيد : سابق الذكر بذات الصفحة بالإشارة السابقة .

[4] د/ حسنين عبيد : **المرجع السابق** ، ص ١٨٤ .

لما بذله الجانى من وسائل التدليس التى تتخذ شكل الطرق الاحتيالية، أو التصرف فى مال غير مملوك له، أو اتخاذ اسم كاذب أو صفه غير صحيحة (م ٣٣٦ عقوبات).

ويصرح جانب من الفقه، بأن النصب يشترك مع السرقة فى استلزام القصد الجنائى الخاص، بحجة أن الجانى إنما يستهدف بما بذلة من وسائل التدليس، تحقيق غاية معينة، هى سلب كل ثروة الغير أو بعضها.

وللوقوف على مدى صحة فكرتنا يجدر بنا، كما فعلنا فى شأن كل جريمة سابقة، أن نشير إلى مسألتين هما: المصلحة القانونية ومضمون القصد الخاص عند القائلين به .

١- المصلحة المحمية :

سلف القول أن المشرع بتجريمه كل من السرقة، والنصب، وخيانة الأمانة إنما استهدف حماية حق الملكية بصفة أصلية، وقلنا فى شأن السرقة أنه يستهدف حماية الحيازة بصفة تبعية، لأن العدوان عليها هو السبيل إلى العدوان على الملكية .

ويضيف بعض الفقهاء إلى ذلك، بحق ، مصلحة أخرى استهدف الشارع حمايتها بتجريم النصب، وهى "حرية الإرادة وسلامتها"[١]، ذلك أن الجانى إنما يوقع المجنى عليه فى غلط، نتيجة لما يبذله حياله من وسائل التدليس. فيسلمه المال تحت تأثير اعتقاد خاطئ، ومن هنا صح القول بأن جوهر جريمة النصب هو الإيقاع فى الغلط .

٢- مضمون القصد الخاص :

يرى الفقه والقضاء أن هذه الجريمة تستلزم بالإضافة إلى القصد العام المتمثل فى علم الجانى بوسائل الاحتيال التى يستخدمها، قصدا خاصا يتمثل فى نية الاستيلاء على ثروة الغير كلها أو بعضها، سواء كانت الفائدة عائدة عليه أو على غيره[٢].

---

[١] د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٥ .

د / عبد الفتاح الصيفى : **قانون العقوبات اللبنانى فى جرائم الاعتداء على أمن الدولة وجرائم الأموال** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٥١.

[٢] د / محمد مصطفى القللى : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٧ ،

- د / محمود محمود مصطفى : **المرجع السابق** ، ص ٥٦٣ .
- د / حسن المرصفاوى : ، **المرجع السابق** ، ص ٤٢١

- **رأينا المقترح :**

نتائج اسـتخدام المنهج المنطقى فى التفسـير، وتبيان ضـابط توافر القصـد الجنائى فى جريمة النصـب بأن لنا من العرض المتقدم أن اشـتراط المحكمة للقصد الخاص، ومن سار على دربها من الفقه، إنما كان لضرورة ضبط مدلول النص فى إطار مراد المشرع، والمتمثل فى حماية المصلحة المحمية من النص، والوقوف بألفاظ النص عند الحد الذى يكفل تلك الحماية ولا يتعداها، فكانت فكرة "نية الاستيلاء على ثروة الغير بعضها أو كلها"، وما كان من سبيل "تفسيرى" لاشتراطها إلا باستخدام قواعد المنهج المنطقى للتفسير، وهى استجلاء المصلحة المحمية من النص مدار البحث. وهذا هو الاسـتخدام الأمثل لقواعد المنهج المنطقى فى التفسير .

المثال الرابع
جـريمــة القـتل

١ـ مضمون القصد الجنائى الخاص :

تتكفل نصـوص القتل فى التشـريع الجنائى بحماية حق الحياة، وهى تسـتلزم توافر ركنين: أولهمـا مـادى، وثـانيهمـا معنوى. أمـا عن الأول: فهو يتمثـل فى سلوك من شأنه أحداث الوفاة ، ونتيجة تتحصل فى تحقيق الوفاة بالفعل، وعلاقة سببية تربط بينهما. وبالنسبة للثانى: فهو يعنى انعكاساً لماديات الجريمة فى نفس الجانى. وعليه ينبغى أن يتوافر لدى الجانى العلم بكافة مكونات الجريمة. وأن

- نقض ٢٣ إبريل ١٩٣٤ **مجموعة القواعد** ج٣ رقم ٢٣٣ ص ٣١٠ .
- نقض ٢٧ يناير ١٩٦٩ **مجموعة الأحكام** س ٢١٠ رقم ٤٠ ص ١٨٣.

تتجه أرادته إليها بما فى ذلك إرادة النتيجة، وهى الوفاة، وبذلك تعد تلك الأخيرة متضمنة فى القصد العام .

وعلى الرغم من وضوح هذا التحليل، فإن جانباً من الفقه وأحكام القضاء. قد ذهبا إلى أنه لا يكفى لمساءلة الجانى عن قتل. مجرد ارتكابه فعلاً من شأنه أحداث الوفاة، ولكن ينبغى، فضلاً عن ذلك، أن تتوافر لديه "نية القتل" معتبرين هذه النية "قصداً خاصاً" يضاف إلى القصد العام.

٢- مضمون المصلحة المحمية :

القانون حينما يجرم القتل إنما يستهدف بذلك حماية مصلحة عليا هى حق الحياة، وقد حصر نموذجها فى سلوك يفضى إلى نتيجة، وتتمثل النتيجة فى أحداث الوفاة أى فى العدوان على المصلحة المحمية. ومن ثم، كان القصد الجنائى المتطلب فى حق فاعلها هو القصد العام المنصرف إلى إرادة النتيجة[١]

- **رأينا المقترح :**

---

١ **راجع فى الفقه المصرى – على سبيل المثال :**

- د/ رءوف عبيد : **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٨ .
- الأستاذ / محمود إبراهيم إسماعيل : **المرجع السابق** ، رقم ٢٧ ، ص ١٩ .

وراجع فى القضاء المصرى على سبيل المثال كذلك نقض :

- ١٩ ديسمبر ١٩٢٨ **مجموعة القواعد** ج٤ رقم ٣٠٩ ص ٤٠٢
- ٥ أكتوبر ١٩٤٣ ج٦ رقم ٢٤٦ ص ٣٢٥
- ١٨ أكتوبر ١٩٤٩ **مجموعة الأحكام** س١ رقم ٥ ص ١٦
- ١٤ مايو ١٩٥١ س ٢ رقم ٣٩٨/١ص ١٠٩٢
- ٢٧ فبراير ١٩٥٦ س ٧ رقم ٨٠ ص ٢٦٧
- ١٧ نوفمبر ١٩٥٨ س ٩ رقم ٢٢٧ ص ٩٣٠
- ١٤ مايو ١٩٦٢ س ١٤ رقم ٨١ ص ٤١٩
- ٤ يناير ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٥/٢ ص ١٧
- ٢٦ فبراير ١٩٦٨ ، س ١٩ رقم ٥٠ /١ ص ٢٧٦
- ١٩ ديسمبر ١٩٧١ س ٢٢ رقم ١٨٤ /٢ ، ٣ ص ٧٦٨
- ٣٠ ديسمبر ١٩٧٩ س ٣٠ رقم ٢١٤ ص ٩١٤

ويلاحظ على هذه الأحكام جميعها أنها تستلزم ضرورة النص على توافر هذه النية بحسبانها " قصداً خاصاً " بصفة صريحة وعلى وجه التحديد.

المنهج المنطقى وقواعده المنشئة لضابط القصد الجنائى فى جريمة القتل العمد، أن النظر الدقيق إلى مكونات القصد العام المشكل للركن المعنوى لجريمة القتل العمد يبين منه، كما سلف البيان، أنه ينطوى على القصد الخاص الذى تقول به محكمة النقض ومن شايعها من الفقه، ومن ثم لم يكن من العسير على المحكمة أن تتفهم هذا المنطق الواضح، وتركن إليه فى أحكامها خاصة، وأن جمهور الفقه بات يجنح لهذا الرأى، بيد أن المحكمة، فيما نرى، كانت تنظر لأمر آخر غاية فى الأهمية من الناحية العملية، ألا وهو إمكان تفسير النص محل البحث من أية محكمة دونها تفسيراً يدخل فى نطاقها حالات الضرب المفضى إلى الموت التى تقترب أحياناً من القتل العمد، وهو ما يطلق عليه البعض القتل شبه العمد، خاصة وألفاظ النص فضفاضة وتسمح لغوياً بذلك، فكان أن أعملت المحكمة سلطتها فى التفسير مستخدمة قواعد المنهج المنطقى للتضييق من مدلول النص فى إطار المصلحة المحمية وضبطه فى الحيز الصحيح الذى أراده المشرع، فكانت فكرة "نية إزهاق الروح" التى هى مضمون القصد الخاص، السبيل لبلوغ تلك الغاية عند تفسير النص مدار الحديث .

النتيجة المستخلصة من التحليل السابق

- **رأينا المقترح فى الموضوع :**

إذا كان القضاء المصرى مازال نصيراً وفياً لفكرة القصد الخاص فإن الفقه لم يعد مجمعاً على نصرة هذه الفكرة ويزداد المناوؤون لها يوماً بعد يوم[١] .

والذى حاولت إظهاره فى هذا الصدد هو أن حجج القائلين بضرورة توافر القصد الخاص فى الركن المعنوى لبعض الجرائم صحيحة من جهة الوسائل التفسيرية، وإن كنا نذهب إلى أن القصد الخاص من جهة الركن المعنوى فى تكوين الجريمة لا يخرج عن مضمون القصد الجنائى العام، الذى يقول به الرافضين لفكرة القصد الخاص، باعتبارها تزيدا لا داعى له، ولكن التحليل السابق الذى اجتهدنا فيه من زاوية علم التفسير، والذى لم يتفطن إليه الفقه المناوئ للفكرة من أساسها، يبين من ذلك التحليل التفسيرى، إلى أن اشتراطه،

---

[١] ومما نستدل به على ضعف فكرة القصد الخاص بالمفهوم السائد لدى القضاء المصرى سابق البيان أن محكمة النقض ذاتها أرادت أن تخفف من الصبغة الافتراضية لهذا المفهوم وتجعله أكثر انضباطاً وموضوعية وفى ذلك قضت " بأن القصد الخاص لا يتصور فى ثبوته اكتفاء الشارع باعتبارات وافتراضات قانونية بل يجب توافر ذلك القصد من الأدلة المستمدة من حقيقة الواقع "نقض جنائى، طعن رقم ١٤١٥١ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٧/١١ س ٤٧ ص ٨٠٦ .

أى القصـد الخاص ، كان بغرض ضـبط الصـياغة الفضـفاضـة للنصـوص المتضمنة تلك الجرائم، وقد تمثل دائماً، كما رأينا، فى ضابط مستمد من معايير وقواعد المنهج المنطقى فى التفسـير، وقوام ذلك الضـابط البحث عن الإرادة التشـريعية متمثلة فى معرفة المصـلحة المراد حمايتها من النص، وذلك للوقوف على المدلول المناسـب من بين المدلولات المتعددة لألفاظ النص، خاصـة عندما تكون صياغة النص محتملة لأكثر من معنى لغوى، أو يكون مدى اللفظ أبعد من المعنى الذى يمثل مقصود المشرع، والمحدد بالمصلحة المحمية من النص .

هذا من جانب مضـمون القصـد الخاص كوسـيلة تفسـيرية للحد من مدلول ألفاظ النص المتسع لمعان غير مقصودة ، تلك الوسيلة التى أسعفت القضاء عند تفسيره للنصوص الجنائية سيئة الصياغة، والتى كان من الممكن إذا ما فسرت باستخدام قواعد المنهج اللغوى، فحسب أن تؤدى إلى نتائج يأباها العقل والعدالة معاً.

أما عن وضع ذلك المضمون، الضابط التفسيرى، فى إطار الركن المعنوى للجريمة تحت مسـمى القصـد الخاص فإن حجج القائلين بإنكاره سـتكون هى الأظهر والأقرب إلى الصـواب من وجهة نظرنا. والأحرى إذن أن توضـع الأمور فى نصـابها العلمى الصـحيح فتصـبح فكرة القصـد الخاص هى من قبيل الوسـائل التفسيرية المنتمية إلى قواعد المنهج المنطقى فى تفسير النص الجنائى تستخدم كلما دعت ظروف النص من حيث صياغته إلى استعمالها .

- **رأينا المقترح ومدى اتسـاقه مع نظرية القصـد فى التشـريع الجنائى الإسلامى :**

ومما هو جدير بالذكر أن ما انتهينا إليه لا يتعارض مع ما قيل فى الفقه الإسـلامى فى تعريف القصـد الجنائى وفى بيان أقسـامه . وأعتقد أن محاولة فريق من فقهاء الشريعة والقانون المعاصرين بإقحام فكرة القصد الخاص بين أنواع القصد التى تحدث عنها الفقهاء المتقدمين وخاصـة فى المذاهب الأربعة غير دقيقة[1] . ومن الممكن إدراج ما قيل عنه قصـداً خاصـاً متطلباً فى بعض الجرائم الحدية والتعزيرية ، إدراجه ضمن مضمون القصد الجنائى العام .

وهذا النفر من الفقهاء يقرر أن قصد العصـيان أو القصـد الجنائى هو تعمد إتيان **الفعل** المحرم أو تركه مع العلم بأن الشـارع يحرم الفعل أو يوجبه. وينبغى أن لا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان، فالعصيان عنصر

---

[1] يؤيدنا أستاذنا المستشار محمد بدر المنياوى ، رحمه الله ، فيما ذهبنا إليه من عدم اقحام الشريعة الغراء فى موضوع القصد الخاص وفى صحة وجهتنا فى ضبط الفكرة .

ضرورى يجب توفره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة. ولا يخفى أن هذا المعنى يستوعب ما قيل بشأن القصد الخاص ويدرجه فى القصد العام وهو ما نقول به من وجود قصد جنائى واحد يشمل المعانى التى قيلت فى القصدين العام والخاص.

ثم يسترسل هذا النفر من الفقهاء مقررين أيضاً أن القصد العام يتوفر كلما تعمد الجانى ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً، وأن أكثر الجرائم يكتفى **فيها** بتوفر القصد الجنائى العام ، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفى فيها أن يتعمد الجانى إتيان الفعل المادى مع علمه بأنه يأتى فعلاً محرماً.

وفى بعض الجرائم لا يكتفى الشارع بالقصد العام ،كما يعتقد هؤلاء الفقهاء، بل يشترط أن يتوفر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص، كما هو **الحال** فى جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة، ففى جريمة القتل العمد لا يكفى أن يضرب الجانى المجنى عليه أو يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم، بل يجب أن يتعمد مع الضرب أو الجرح إزهاق روح المجنى عليه، فالشارع يوجب لمحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصداً خاصاً، فإذا توفر القصد العام فقط ومات المجنى عليه كان الفعل قتلاً شبه عمد لا قتلاً عمداً[1]. وفى جريمة السرقة لا يكفى أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محرم. بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة[2].

ويبين من هذا العرض ان هذا الفريق من الفقهاء، مع تقديرنا لهم، قد رددوا العبارات والأفكار التى قال بها فقهاء القانون الوضعى المناصرين لفكرة **القصد** القانونى الخاص، وحاولوا تحميل آراء فقهاء الشريعة بما يتوافق مع هذه الفكرة المعاصرة، ولا يخفى ما فى ذلك من تكلف وعدم دقة علمية. فالفقهاء المتقدمين لم يتحدثوا عن قصد خاص واستوعبت فكرة القصد عندهم لكل المعانى التى قيلت. ومن ثم فإن جميع الانتقادات والحجج التى سقناها من قبل وقال بها غيرنا

---

[1] لا يشترط مالك القصد الخاص فى جريمة القتل ، لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ، والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما : قتل عمد وقتل خطأ ، فيعتبر قاتلاً عمداً عنده كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكون جريمة القتل العمد .

[2] د / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ١٦٧ .

د / حسن خضر : **المرجع السابق** ، ص ٤٩٠، ٤١٤ .

فى دحض وجود القصد الخاص من أساسه يمكن سوقها فى مجال التشريع الجنائى الإسلامى كذلك .

هذا إن أريد الإبقاء على المصطلح كتراث مصطلحى قانونى درج فى أحكام القضاء وبحوث الفقهاء، ولعل قضاء النقض بما له من نفوذ وريادة أن يضع الأمور فى نصابها العلمى الصحيح بتسمية الشروط التى يشترطها لتوافر القصد الجنائى لبعض الجرائم، مثل نية التملك، ونية إزهاق الروح، يسميها باسمها العلمى الصحيح وهو ضابط مستمد من قواعد التفسير المنتمية إلى المنهج المنطقى فى التفسير، حتى تتبعه فى ذلك المحاكم الأخرى والفقهاء، كما تبعته فيما هو أشد من ذلك تعقيداً من أفكار ونظريات قضائية مستحدثه.

ولعل ثمرة ذلك الرأى الذى نقترحه بشأن تبرير اشتراط المحكمة للقصد الخاص فى بعض الجرائم باعتباره ضابطاً تفسيرياً، تتجلى إذا ما عدلت بعض من تلك النصوص ذات الصياغة المعيبة، حينئذ سيكون من المستساغ والمنطقى أن تتحول أحكام المحكمة العليا عن ذلك الضابط التفسيرى، وتكتفى بتفسير النص تفسيراً يفضى إلى توافر أركان الجريمة، ومن بينها القصد الجنائى العام دون أن تجد المحكمة عناءً فى بيان سبب تركها فجأة لفكرة القصد الخاص، إذن هى مجرد وسيلة من وسائل التفسير، وليست ركناً فى الأنموذج القانونى فى جريمة ما فلا يتصور زواله كركن بمجرد تعديل صياغة النص.

الفصل الثالث

المنهج التاريخى

(البحث عن الإرادة التشريعية خارج النص التشريعى)

المبحث الأول

صلة المنهج التاريخى بالمنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير

يتناول هذا المبحث صلة المنهج التاريخى بالمنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير، كما يتناول صلة المنهج التاريخى بالمدرسة التاريخية فى التفسير.

إذا كان كلاً من المنهج اللغوى التفسير والمنهج المنطقى يدوران فى فلك النص ذاته بحثاً عن معانى ألفاظه أو الحكمة المبتغاة من وضعه، فإن المنهج التاريخى فى التفسير يتجاوز ذلك المدى فيقف المفسر حين يلجأ إليه عند ألفاظ النص، ولا يقيد بحثه عن حكمة النص أو علته بما صاغ به المشرع إرادته من

ألفاظ، وإنما يتجه صــوب عناصـــر خارجة عن إطار النص الذى يســـعى إلى تفسيره .

ومن المتفق[1] عليه أن اللجوء إلى المنهج التاريخ للتفسير لا يجوز إلا بصدد نص تعذر على المفســر اســتظهار معناه من ألفاظه، أو من خلال قواعد المنهج المنطقى الأخرى فى التفســير، أى أن اللجوء إلى عناصــر المنهج التاريخى فى التفســير، والتى يدخلها البعض ضــمن عناصــر المنهج المنطقى فى التفســير وقواعده، اللجوء إلى تلك العناصــــر يحتل المرتبة الثالثة بعد النظر فى النص على أساس قواعد التفسير اللغوى وقواعد التفسير المنطقى، والهدف من اللجوء إلى المنهج التاريخى فى التفسير هو إدراك اصل القواعد التى تضـمنها النص، وما أصـــابها من تطور على مر الزمان؛ للاســـتعانة بذلك فى تحديد حكمها، أو معرفة المعنى الذى أرادته ألفاظها[2].

المبحث الثانى

مضمون المنهج التاريخى ومدلوله

إذا كان على المفســـر عند دراســـته للقاعدة القانونية التعرف على إرادة التشــريع، فإنه لا يكفيه فى الوصــول إلى ذلك اســتقصــاء الحكمة التشــريعية، أو البحث عن المناســبة التشــريعية التى أدت إلى وضــع القاعدة القانونية فقط، بل يجب أن يمتد البحث لتعقب الأصل التاريخى للنص ودراسة نموه وتطوره.

وكثيراً ما يحدث أن التفسير المنطقى لا يستطيع وحده أن يفضــى إلى تفهم عبارات النصـــوص أو القواعد القانونية، ولكن عند دراســـة أصـــلها التاريخى يتضــــح معناها، وذلك يظهر أن التطور التاريخى للنص هو عامل من عوامل التفســـير المنطقى عند التحقيق، وهذا يشـــمل الأصـــول التاريخية والأعمال التحضـــيرية[3]، وكذلك، فإن النســـخ يعد من أدوات المنهج التاريخى لما لعامل الزمن فيه من أهمية محورية، كما سيتضح لنا.

---

[1] Allen, op. cit. p. ٥١٤

- د/ على راشد : **مبادئ القانون الجنائى ، نظرية القانون الجنائى ، المرجع السابق** ، ص١٥٢ .

- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٣٥ .

[2] د/ رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص٢٤١ .

[3] انظر بشـــأن المنهج التاريخى قائمة المراجع المشـــار إليها بمؤلف د/ محمد صـــبرى الســـعدى: **المرجع الســـابق**، ص١٨١ . ويرى سيادته أن المنهج التاريخى مجرد عامل من عوامل المنهج المنطقى .

- د/ جميل الشرقاوى : **المرجع السابق** ، ص٢٠٤ ،

ومن الفقهاء من يعتبر قواعد ووسـائل المنهج التاريخى هى بمثابة الطرق المسـاعدة فى تفسـير النص القانونى. ويرى البعض الآخر أن قواعد هذا المنهج هى وسائل للبحث عن العلة التشريعية خارج إطار النصوص[1].

ونحن نرى أن كل هذه التعريفات صـحيحة، وتعبر عن إيضـاح لزوايا مختلفة لشـيئ واحد، وهو ما يبين أهمية المنهج التاريخى ومحورية قواعده فى علم التفسـير. وقد حاولنا فى هذا الجزء أن نضـيف جديداً يتناسـب مع خطة الدراسـة، فنتتبع ونسـتقرئ أحكام المحكمة العليا فى اسـتخدامها لوسـائل هذا المنهج، وهل اتبعت فى هذا الاستخدام أسلوب أحد المدارس الفقهية المعاصـرة فى التفسـير؟ أم أنها جمعت ومزجت بين طريقة أكثر من مدرسـة؟ وما مدى التزام المحكمة العليا بقواعد أصول الفقه فى ذلك ؟

المبحث الثالث

وسائل المنهج التاريخى

المطلب الأول

المصادر التاريخية

(الشريعة الإسلامية والقوانين الأجنبية)

قد يأخذ الشـارع ببعض أحكام الشـريعة الإسـلامية، ويدمجه فى القانون كأحكام بيع المريض مرض الموت وأحكام النفقة[2]مثلاً. حينئذ يرجع فى تفسـير وتطبيق تلك النصوص إلى نفس المصـادر التى يرجع إليها عند تطبيق وتفسير القانون. ولكن المقصـود هنا هو تلك الإحالة إلى الشـريعة الإسـلامية لبحث القاضى فيها عن الحل الواجب الاتباع للنزاع المعروض أمامه، إذا لم يجد نصاً قانونياً أو عرفاً يسـعفه. وهنا يظهر دور القاضـى أيضـاً حيث يعمل على إيجاد الحل من بين آراء فقهاء واختلافهم وتباينهم فى مجال الشـريعة، ليبرز لنا مدى

- د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٦٦ .

[1] رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٦٣ .

- د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات اللبنانى** ، **المرجع السابق** ، ص ١٨٧ .

[2] د / سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٧٤ .

- د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٢٢٠ .

- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٣.

الدور الخلاق للقاضى فى هذا الخصوص. ويشير بعض الفقهاء إلى أن واجب القاضى فى مثل هذه الحالات هو الأخذ بأرجح الآراء وأكثرهما إجماعاً[1].

ومن هذا اتسعت سلطة القاضى فى الأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وكان قضــاؤه وفقاً لمذهب معين أو رأى معين ثم صــادقت عليه محكمة النقض فى مصر معطياً القوة اللازمة لنفاذ هذه القاعدة فى النظام القانونى بأسره. ولقد كانت بعض الصفات التى تميـــز الشريعة الإسلامية مثل كثرة وتباين الآراء حول العديد من المســائل، وعدم وجود حلول قاطعة متفق أو مجمع عليها فى كثير من الأحيان، سـبباً فى ذهاب بعض الفقهاء إلى أن الشــريعة الإســلامية لا تعتبر من مصـادر القانون، إلا إذا أخذ بها المشـرع نفسـه. ذلك أنه بالرجوع إلى المصــــادر التاريخية والأعمال التحضـــيرية للقانون المدنى، نجد أن مبادئ الشــريعة الإســلامية التى يرجع إليها القاضـــى هى المبادئ الكلية التى لا يوجد خلاف بشـــأنها بين المذاهب المتعددة، وهذه المبادئ لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الكلية وهى المعتبرة كجزء من المبادئ العامة للقانون المصرى.

ويحصـر فريق من الفقهاء الفائدة العملية من تلك المبادئ العامة المسـتمدة من الشريعة الغراء فى حالة ما إذا وقع تعارض بين مبدأ ومبدأ آخر من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة. فهنا يترجح المبدأ الموافق لمبادئ الشــريعة وســبب ذلك أن مبادئ الشــريعة الإســلامية أكثر تحديداً من المبادئ المســتمدة من القانون الطبيعى[2]. ويطلق بعض الفقهاء على هذه المبادئ جوامع

---

[1] د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥ وما بعدها .

- سعيد جبر : **المرجع السابق** ، ص٢٠٥ وما بعدها .
- د / عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٢٣٩ وما بعدها
- د/ حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص١٨٢ وما بعدها .
- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٥ ، ٢٤٦ –ص٢٥١.

[2] — د / عبد الرازق السنهورى : **الوسيط فى شرح التقنين المدنى الجديد ، المرجع السابق** ، ص٤٩.

- د / عبد المنعم البدراوى : **مبادئ القانون ، المرجع السابق** ، بند ١٥٥ ـ ١٥٧ .
- د / محمود جمال الدين زكى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٥ .
- د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، ص ١٦٦ – ١٦٩ .
- د / أحمد سلامة : **المرجع السابق** ، ص ٨١ .
- عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص ١٠٧ وما بعدها .
- د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥

الكلم الفقهية، وهى التى استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول الفقهية والأحكام الشرعية المنثورة فى أبواب القانون المختلفة، ثم جرت منه مجرى الأصول، وشهدت بصدقها تلك الفروع، ومنها قاعدة أن شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله ، وقولهم أن الأشياء المعينة خاضعة لحكم قانون موقعها، وقولهم الغش يفسد كل شئ، والغرم بالغنم[1].

وعلى الرغم من أن هذا الرأى فيما انتهى إليه من تفضيل لقواعد الشريعة الإسلامية على تلك التى يحتويها القانون الطبيعى أو قواعد العدالة، وقد يكون متفقاً مع نص المادة الأولى فقرة ٢من القانون المدنى المصرى، إلا أن تكييفه لهذه القواعد باعتبارها جزءاًمن المبادئ العامة للقانون المصرى، يختلف مع أغلب الفقه. حيث يرى جمهور الفقه أن قواعد الشريعة تعد مصدراً من مصادر القانون.

ويرى جانب من الفقه بحق أن سبب هذا الخلاف فى تكييف توصيف المبادئ المستمدة من الشريعة الغراء بين القول بكونها من مصادر القانون أم من المبادئ العامة للقانون، أقول مرجع هذا الخلاف إلى تصوره للفصل الدقيق بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون، فى أن الأخيرة لا تخلق قواعد قانونية وضعية، بل تسبق خلق هذه القواعد؛ لأن المصدر الوحيد للقانون الوضعى عنده هو إرادة الدولة .

وعلى الرغم أنه لا محل لمناقشة هذا الرأى هنا، إلا أن لهذا الرأى الفضل فى توضيح مدى الاجتهاد الذى يبذله القاضى فى استنباطه لهذه الأحكام من خلال المبادئ العديدة التى تزوده بها الشريعة الإسلامية. وأن هذا الجهد القضائى يفوق الجهد المبذول فى استنباط القواعد من خلال القانون الطبيعى وقواعد العدالة، مما يبرز دور القاضى فى خصوص استنباطه للأحكام من الشريعة الإسلامية[2].

قد تكون الأصول التاريخية للنص قريبة ومباشرة، ومثال ذلك التشريعات التى ألغيت.

- د / محمد على عمران ، وحسين النورى : **المرجع السابق** ، ص١٢٧ .

- د / حمدى عبد الرحمن : **المرجع السابق** ، ص ٥٦ .

[1] د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٦١ .

٢ - د / عبد الناصر توفيق العطار : **المرجع السابق** ، ص٢٩٧،٢٩٦،٢٩٥ ، ٢٠٠٠.

- د / توفيق حسن فرج : **المرجع السابق** ، بند ١٦٩ .

ومن الأصـول التاريخية البعيدة القوانين التى اسـتمد المشـرع منها أحكام الفانون، ومثال ذلك القانون الرومانى فهو الأصـــل التاريخى للتقنينات اللاتينية مثل التشـريع الفرنسـى والإيطالى والألمانى. كما يعتبر أصـلاً تاريخياً لتقنينات الدول العربية فى حدود ما تأثرت به تلك التقنينات التى اعتبرت القانون المذكور أصلاً تاريخياً لها .

والقانون المصـرى القديم كان يجد أصـله التاريخى فى القانون الفرنسـى، مما حدا بالفقه والقضاء المصرى أحياناً إلى الرجوع إلى أحكام القانون الفرنسى وتطبيقات القضـاء الفرنسـى ليسـتعين بها فى تفهم النصـوص المشـابهة عند غموضها[1].

المطلب الثانى
الأعمال التحضيرية

الأعمال التحضـيرية هى مجموعة الأعمال التىسبقت التشـريع وعاصـرت اسـتصـدار، وتتضـمن الوثائق والمذكرات التفسـيرية، ومناقشـات المجالس التشريعية، ومحاضر جلساتها وأعمال اللجان التى وكل إليها دراسة مشروعات التشـريع وتقاريرها، وقد كان الفقه قديما يرى أن هذه الأعمال لها قيمة التفسـير الرسمى على أن هذا الرأى قد هجر الآن[2].

والفقه الحديث مجمع على أن هذه الأعمال مجرد وسيلة لمساعدة القاضى أو المفسـر؛ لكى يتعرف على إرادة التشـريع دون أن يكون ملزماً فى الرجوع لهذه الأعمال، والأخذ بها فى سـد ما يترآى له من نقص فى التشـريع، إذ أن القاضـى عندما تعرض عليه حالة معينة لا نص يحكمها لا يتقيد بنية المشـرع، والتى تكون قد ظهرت خلال الأعمال التحضيرية، طالما أنه لم يحدث تعبير عن هذه النية فى نصوص التشريع[3]، بل إننا نرى أن اعتبار ما تتضمنه هذه الأعمال

---

[1] – د/ عبد الرازق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت : **المرجع السابق** ، ص٢٥٠ .

– د/ أشرف توفيق شمس الدين: **المرجع السابق** ، ص٢٧٦ .

[2] د / محمد على عرفة : **المرجع السابق** ، ص١٦١ .

[3] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٥٢٤ .

– د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص٢٤٩ ، حيث يرى سيادته أن الأعمال التحضيرية يستعان بها فى تكميل النقص التشريعى وهو ما قد يوحى بذهابه إلى لزوم أخذ القاضى بها .

معبراً عن نية المشـــرع فيه كثير من عدم الدقة، إذ أنه لا يجوز الحديث عن نية المشرع قبل صدور التشريع، ويجمع الفقه الآن على ضرورة[١]الحذر الشديد عند الرجوع إلى هذه الأعمال، إذ كثيرا ما تضـمن أخطاء واضـحة، ولذا نجد الفقه والقضاء يستقران على خلاف الأحكام التى تؤدى إليها الأعمال التحضيرية كلما وجد ذلك مخالفاً لمدلول ألفاظ التشريع أو لروحه[٢] .

ومن جانب آخر كثيراً ما يكون أخذ القضـاء بالأعمال التحضـيرية سـبباً لإزالة الغموض عن بعض النصـوص، وقد أدى هذا الحذر فى الأخذ بالأعمال التحضيرية وبالمنهج التاريخى على وجه العموم إلى أن أصبح فى الفقه موقفين: موقف الفقه والقضاء المصرى والأمريكى والفرنسى، ويتمثل فى تشجيع اللجوء إلى المنهج التاريخى فى التفسـير ، كلما كان ذلك ضـرورياً لاسـتظهار إرادة النص وعلته ومعرفة حكمه٣.

والموقف الثانى هو موقف القانون الإنجليزى الذى يرفض بصـفة عامة اللجوء إلى عناصر خارجة عن النص والاستعانة بها على تفسيره، ولا يقبل من ثم موقف النظم القانونية الأخرى، والاسـتعانة بالمنهج التاريخى فى تفسـير النصوص القانونية[٤].

ولكل من الرأيين حجته، فالرأى المعارض للأخذ بالمنهج التاريخى يقرر أن الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية والمناقشات التى تجرى فى الهيئة التشـريعية قد تتضـمن آراء لا تتفق ولفظ النص، كما صـدر عن المشـرع. وقد تكون بعض هذه الآراء وجهات نظر شخصية لا تعبر عن إرادة الهيئة التشريعية أو اللجان التى عهد إليها بوضع النص.

ويضـيف هذا الجانب من الفقه حجة إضـافية بالنسبة للنصوص الجنائية هى وجوب أن تكون الأفعال المجرمة جنائياً واضـحة وضـوحاً كافياً للمكلفين، ولا يعقل أن يطالب الأشـخاص العاديين بالبحث فى الأعمال التحضـيرية والمذكرات التفسيرية والمجلدات العديدة للمناقشات البرلمانية لمعرفة ما يجب

– د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤٨ .

[١] – د/ مأمون سلامة : **سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٩ .

[٢] La Fave and Scott, op. cit , p٧٦

Allen, op. cit, p. ٥١١-٥١٤ , cross , op

[٣] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٧٣ .

[٤] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليل**

عليهم اجتنابه حتى لا يقع تحت طائلة العقاب[١]. وتفصـيل ذلك كما يذهب جانب من الفقه أن نقطة البدء الصـحيحة فى دراسـة حكم القانون فى أى مسـألة تبدأ باستعراض تطور النصوص الصادرة فى شأنها، أو تطور المبادئ التى أرساها القضـاء، وللقاضـى أو المفسـر حين يصـل إلى حكم القانون المطبق أن يعمله، وهو لا يستطيع استظهار هذا الحكم استظهاراً صائباً بغير الغوص فى أعماق التاريخ القانونى والتطور التاريخى للنص، ولعل ذلك هو السـر فى النقد الذى يوجهه الفقه فى بريطانيا إلى موقف القضـاء من المنهج التاريخى فى التفسير إذ أن جانب من هذا الفقه الآن ينادى بضرورة إعمال هذا المنهج كلما كان ذلك ضرورياً[٢].

ونحن نرى مع جانب من الفقه أنه قد يكون صـــواباً التقرير بأنه لا تثريب على القاضى الجنائى إذا استعان بعناصر المنهج التاريخى فى التفسير للتوصل إلى إماطة اللثام عن سبب إعفاء من العقوبة، أو مانع من موانع العقاب غمضت عبارة النص عن الإفصـاح عنه. أما اللجوء إلى المنهج التاريخى للتفسـير الذى يسفر عن إضـرار بموقف المتهم فهو غير سديد أو غير جدير بالتأييد[٣]. ولكننى أضيف ضابطاً لهذا الرأى وهو أن يكون من الممكن تفسير النص دون الرجوع إلى قواعد ذلك المنهج. أما فى حالة عدم إمكان تفسـير النص إلا بالرجوع إلى أسـاليب المنهج التاريخى، فهنا ليس على المفسـر أن يتجنب التفسـير الصـحيح للنص باستعمال تلك الأساليب بدعوى أنها تؤدى إلى تفسير ضار بالمتهم. فنحن نرى دوماً أن سـلامة التفسـير من الناحية العلمية هو الهدف الأولى بأن يستحوذ على اهتمام المفسر قاضياً كان أو فقيهاً .

وخلاصـــة الأمر أن الأعمال التحضـيرية لما كانت تتضـمن الوثائق، والمذكرات، ومحاضـر اللجان المختصـة بوضـع مشروع قانون ما، ومناقشـات

ية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر ، **المرجع السابق** ، ص٣٧٣ .

- د/ محمود إبراهيم إسماعيل : شـــرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، **المرجع السابق** ، ص
- د/محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٣٨ .

- la Fave & Scatt, op cit p. ٧٦ .
- cross, op cit , p ١٢٩ –١٣٠
- Besuick v. Besuick ١٩٦٨ a cit p ٧٣ – ٧٤

[٣] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٣٨ .

- La Ffave & Scatt, op cit p. ٧٦.
- cross, op cit , p ١٢٩ –١٣٠

السلطة التشريعية، وهذه الأعمال تسبق وتعاصر استصدار التشريع، فإن الرجوع إليها يفيد فى الوقوف على سبب إصدار ذلك التشريع، والاعتبارات المختلفة التى أدت إلى وضعه، والحاجات التى قصد إلى إشباعها، وبمعنى آخر المصالح التى استهدفت الإرادة التشريعية حمايتها، وهى الغاية من التشريع. ومن ثم فهى تعين القاضى أو المفسر، ولا ريب، على فهم القاعدة القانونية فهماً صحيحاً، والإحاطة بروح هذه القاعدة، فيستطيع عند إذ تطبيقها التطبيق السليم على الحالة الواقعية.

المطلب الثالث

النســخ

النسخ لغة، الإزالة، واصطلاحاً رفع الحكم الشرعى بدليل شرعى متأخر عنه، ويقابله الإلغاء فى المصطلح القانونى[1].

وليس المراد بالرفع ذات الحكم الشـرعى، وإنما المراد رفع ما هو مسـتقر فى الأذهان من تعلقه بأفعال المكلفين. لن الأصـل فى الحكم الشـرعى، أى حكم كان، أنه يتعلق بأفعال المكلفين، ويستمر الاعتقاد بتعلق الحكم بفعل المكلف حتى يرد دليل ناسخ لهذا الحكم فيرفع اعتقاد تعلقه بفعل المكلف[2] .

والنسـخ شـرع لمصـالح العباد فى وقت الرسـالة، وهو وسـيلة من وسـائل التدرج فى فرض الأحكام الذى يعتبر معلماً من معالم المنهج الإســلامى فى التشـريع[3]. وقد وقع النسخ فى عدد من الأحكام الجنائية الإسلامية التى شـرعت على سبيل التدرج فكان الحكم السابق خطوة تسلم إلى الحكم اللاحق. ومن ذلك التدرج فى تحريم الخمر.

وحدث النســخ على سـبيل التدرج أيضــاً فى شــان تحريم الربا (وهو من الجرائم التعزيرية). فبين القرآن الكريم الفرق بين الربا والزكاة فى قوله تعالى **"وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِباً لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ "**[4].

ثم حرم الله ســبحانه وتعالى الربا بقوله تعالى **"يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ، إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلا هُمْ يَحْزَنُونَ، يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ"**.[5]
ومعرفة الناســخ والمنســوخ شــرط فى جواز الإفتاء والقضــاء، فإن المفتى أو

---

[1] الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص٥٢٦ .

- الإسنوى : **شرح منهاج البيضاوى** ، ص ١٤٥ .

[2] الشيخ / مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٦ ، ٥٣٧.

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٥٣٩.

[4] سورة الروم ، الآية ٣٩

[5] سورة البقرة : الآيات ٢٧٦-٣٧٨.

القاضــى إذا لم يعرف المنسـوخ من الأحكام فقد يقع فى الإفتاء أو القضـاء بحكم غير ثابت فى الشريعة .

وللنسخ شروط بعضـها مختلف فيه بين الأصـوليين وبعضـها متفق عليه[١]، وله أنواع متعدد فقد ينسـخ الحكم الشـرعى إلى حكم أشـد منه، أو إلى حكم أخف منه، وقد ينســخ إلا فى الكتاب والسـنة فلا يحتمل الحكم الذى ثبت بالإجماع ولا بالقياس نسخاً[٢]. وتفصيل ذلك كله يخرج من نطاق هذه الدراسة.

وأهم طرق تبيين النسـخ بعد النص الصـريح على رفع الحكم السـابق، هو معرفة تأخر الحكم الناسـخ عن الحكم المنسـوخ، ومن هنا كان للمنهج التاريخى فى التفسـير دوره فى الفقه الإسـلامى: لأن معرفة التطورات التى أصـابت حم مسـألة ما فى صـورة نصـوص متعددة حكمتها، ومعرفة السـابق واللاحق أو المتقدم والمتأخر من هذه النصـوص هو الطريق المؤدى إلى معرفة الناسـخ والمنسوخ والقاعدة الأصـولية فى هذا الشـأن أنه إذا تنافى حكمان فى أمر معين كان المتأخر منهما ناسخاً للمتقدم[٣].

واعتبار النص القانونى المتأخر ناسخاً للنص المتقدم عند تعارضهما بحيث يتعذر الجمع بينهما، مبدأ مقرر فى فقه القانون المعاصر، على النحو نفسه الذى سبقت إلى تقريره قواعد أصول الفقه الإسلامى، ولعل التشابه فى تنظيم العلاقة بين النصـوص المتتابعة فى الوجود زماناً فى أصـول الفقه الإسلامى، وفى الفقه القانونى المعاصـر تحتاج إلى دراسـة مستقلة لتبيين أوجه الاتفاق أو الاختلاف، ولتحديد مدى تأثير القواعد الأصولية الإسلامية فى النظم القانونية المعاصرة[٤].

هذا عن نسخ الحكم السابق بحكم لاحق. وقد أوضحنا قيام أهم طرق تحديد الناسخ والمنسوخ على معرفة التطور التاريخى للقاعدة التشريعية.

قد يكون النسـخ صـريحاً بأن ينص الشـارع صـراحة على النسـخ، ولا نجد مثل هذا فى القرآن الكريم وإنما نتلمسه فى الحديث الشريف. وقد يكون ضمنياً،

---

[١] الشيخ / مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٦ .

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٥٤١ ، ٥٥٥ .

[٣] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحات .

[٤] إن الصياغة الإنجليزية للقاعدة المقررة فى هذا الخصوص تكاد تكون ترجمة حرفية تجمع بين قاعدتين من قواعد أصول الفقه الإسلامى .

- the special controls the general, the later controls the earlier .)

الخاص يقدم على العام واللاحق يقدم على السابق . انظر :

- la Fave & Scott, op. Cit., p. ٧٩-٨٠, Allen, op. Cit., p. ٤٧٤-٤٧٥

بمعنى أن الشارع لا ينص صراحة على النسخ، ولكنه يشرع حكماً معارضاً لحكم سابق دون نص صريح على نسخ الأول، ولا يمكن الجمع بينهما. فيكون تشريع الحكم اللاحق ناسخاً ضمناً للحكم السابق[١].

فإذا تعارض دليلان أو أكثر من الكتاب أو فى السنة، أو كان أحدهما من الكتاب والآخر من السنة، ولم يمكن الجمع بينهما، وعلم المتأخر منهما، فإن التعارض بينهما فى الحكم يدفع بنسخ المتأخر من الدليلين المتقدم منهما[٢].

ومثال النسخ قوله تعالى "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ**"[٣]. تقرر هذه الآية الكريمة أن عدة المتوفى منها زوجها سنة كاملة، وقد كان هذا هو الحكم فى فجر الإسلام، ثم ورد قوله تعالى "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً**"[٤]. وهذه الآية تفيد أن عدة المتوفى منها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام. وهو حكم يخالف الحكم الأول. ورفعا لهذا الاختلاف تعتبر الآية الأخيرة ناسخة ضمناً حكم الآية الأولى لأنها نزلت بعدها[٥].

وكذلك قوله تعالى "**الزَّانِي لا يَنْكِحُ إلا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً**"[٦]، فإنه يتعارض مع قوله تعالى "**وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ** "[٧]، ويرفع هذا التعارض بنسخ الآية الأولى .

ولقد تولت أمهات الكتب الأصولية كـ "المستصفى" للغزالى، و"التلويح" للتفتازانى، و"التقرير والتحبير" لابن أمير الحاج هذا البحث بتفصيل دقيق، ولذلك يحسن بمن يريد الإحاطة به الرجوع إليها .

ويكون النسخ فى التشريع إما بالنص عليه صراحة فى القانون الجديد أو يستفاد ضمناً عند تعارض النص الجديد مع نص قديم تعارضاً تاماً يستعصى معه الجمع بين النصين على أى وجه.

---

[١] انظر التلويح ، ص١٠٢ وما بعدها .

[٢] د / عبد اللطيف عبد الله البرزنجى : التعارض والترجيح ، ص ٤٨٨ .

[٣] سورة البقرة: من الآية٢٤٠

[٤] سورة البقرة: من الآية٢٣٤

[٥] الشيخ / مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٩ .

[٦] النور: من الآية٣

[٧] النور:٣٢

وتقرير التعارض التام الذى يفضى إلى تقرير وجود حالة نسخ ضمنى للنص القديم أمر يباشره القاضى أثناء تطبيقه القانون سواء دفع به أحد الخصوم فى الدعوى أو من تلقاء نفسه[1].

[1] د / عبد اللطيف عبد الله البرزنجى : **التعارض والترجيح** ، ص ٤٨٨ .

المبحث الرابع

التطبيقات القضائية لقواعد المنهج التاريخى

مدى الأخذ بقواعد المنهج التاريخى

فى أحكام الدوائر الجنائية بمحكمة النقض

يتناول هذا المبحث التطبيقات القضائية لقواعد المنهج التاريخى، ومدى الأخذ بقواعد المنهج التاريخى فى أحكام الدوائر الجنائية بمحكمة النقض، وذلك من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول: حدود استخدام القضاء للمصادر التاريخية الوضعية، المطلب الثانى: حدود استخدام القضاء للأعمال التحضيرية، والمطلب الثالث: الشريعة الإسلامية كمصدر تاريخى لنصوص التشريع.

المطلب الأول

حدود استخدام القضاء للمصادر التاريخية الوضعية

من الأحكام الجامعة لأخذ المحكمة العليا بأكثر من قاعدة من قواعد المنهج التاريخى ومن بينها المصادر التاريخية للنص ما قضت به من أن: "البين من تشريع الرقابة على عمليات النقد الأجنبى عموماً، ومن مذكرته التفسيرية، وأعماله التحضيرية، ومن القانون رقم ٩٠ ١لسنة ١٩٣٩، الذى نسخت أحكامه بالقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧، ومن أصله التاريخى والمصدر الذى استمد منه فى التشريع الفرنسى أن الرقابة على عمليات النقد تنصب على كل عملية من أى نوع، أياً كان الاسم الذى يصدق عليها فى القانون، يكون موضوعها نقداً أجنبيا ما دام من شأنها أن تؤدى بطريق مباشراً وغير مباشر إلى ضياع نقد أجنبى كان من حق الدولة أن تحصل عليه[1].

المطلب الثانى

حدود استخدام القضاء للأعمال التحضيرية

[1] نقض١٤ مارس ١٩٧١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٢٢ رقم ٥٨ ص ٢٤٠ .

١ - ويبين استعمال محكمة النقض لقواعد هذا المنهج حين تستجلى علة التشريع من المذكرة الإيضـاحية مباشـرة مثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض (الدائرة الجنائية) من أنه: "يستبين من المذكرة الإيضاحية للمادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجنائية فى فقرتها الثانية، ومن تقرير اللجنة التى شكلت للتنسيق بين مشروعى قانونى الإجراءات الجنائية والمرافعات، وأن مراد الشارع من النص على وجوب إجماع آراء قضاة المحكمة الاستئنافية عند تشديد العقوبة، أو إلغاء احكم البراءة، إنما هو مقصور على حالات الخلاف بينهما وبين محكمة أول درجة فى تقدير الوقائع والأدلة وأن تكون هذه الوقائع والأدلة كامنة فى تقدير مسئولية ومقدار العقوبة، أو إقامة التناسب بين هذه المسـئولية ومقدار العقوبة، وكل ذلك فى حدود القانون، إيثار من الشارع لمصلحة المتهم، يشهد لذلك أن حكم هذه المادة مقصور على الطعن بالاستئناف دون الطعن بالنقض، وأن المذكرة الإيضاحية قد أوضحت فى بيانها لعلة التشريع عن ترجيح رأى قاض محكمة أول درجة فى حالة عدم توافر الإجماع، مرجعه إلى أنه هو الذى أجرى التحقيق فى الدعوى وسمع الشهود بنفسه، وهو ما يوحى بأن اشتراط إجماع القضاء مقصور على حالة الخلاف فى تقدير الوقائع والأدلة وتقدير العقوبة، أما النظر فى استواء حكم القانون، فلا يصح أن يرد عليه خلاف، والمصير إلى تطبيقه على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى إجماع، بل لا يتصور أن يكون الإجماع إلا تمكين القانون وإجراء أحكامه، لا أن يكون ذريعة إلى تجاوز حدوده[1].

٢ – كما قضت المحكمة المذكورة بأن "القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩، فى شأن السلطة القضائية "الملغى"، وأن نص المادة الأولى من قرار إصداره على أن ".. يلغى من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧لسنة ١٩٤٩، وقانون السلطة القضائية الصادر به المرسوم التشريعى رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥٣ما يخالف أحكام نصـوص القانون المرافق، ويسـتعاض عنها بالنصـوص المرافقة ويلغى كل نص آخر يخالف أحكامه " لم يشر فى ديباجته إلى إلغاء المادتين ٣٦٧، ٣٧٢من قانون الإجراءات الجنائية، ولم يرد بنصـوصـه ما يغاير أحكامها، مما مؤداه أنه قد اكتفى بتنظيم ما أشار إليه فى المادة السادسة منه مما لا يتعارض مع أحكام المادتين ٣٦٧ ، ٣٧٢ سـالفتى الذكر، فبقيت المادتان معمولاً بهما تكمل أحكامهما القانون الجديد، هذا هو المعنى الذى ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون الأخير" واستطردت المحكمة قائلة، فى ذات الحكم، "أن ما أوردت المذكرة الإيضاحية لقانون السلطة القضائية

[1] نقض أول مارس ١٩٦٠ **أحكام محكمة النقض** س ١١ رقم ٣٩ ص ٢٠١ ، ٢٠٣ .

هو إيضاح يكشف عن قصد الشارع ويتمشى مع مفهوم النصوص وليس تدراكاً لما فات"[1].

٣ – كذلك قررت المحكمة العليا أخذاً منها بقواعد المنهج التاريخى فى التفسير: "إن البين من نص المادة ٣٦٩من قانون العقوبات واضح عبارته، وصريح دلالته، وعنوان الباب الذى وضع فيه، وهو الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث تحت عنوان: "انتهاك حرمة ملك الغير" سياق وضعه ومن الأعمال التحضيرية له أن: "الدخول" المكون للركن المادى فى جريمة دخول عقار فى حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة لفظ اصطلاحى يفيد كل فعل يعتبر تعرضاً مادياً للغير فى حيازته للعقار حيازة فعلية بنية الافتئات عليها بالقوة، سواء كانت هذه الحيازة شرعية مستندة إلى سند صحيح، أو لم تكن، وسواء كان الحائز مالكاً للعقار أو غير ذلك تقديراً من الشارع إن التعرض المادى إذا وقع لحائز العقار دون الالتجاء إلى القضاء، ولو استناداً إلى حق مقرر يعتبر من الجانى إقامة للعدل بنفسه، مما يؤدى إلى الإخلال بالنظام العام[2].

على أنه إذا كانت محكمة النقض تأخذ بما ورد فى الأعمال التحضيرية متى كانت تتفق مع عبارة النص ومضمونه، فإن ذلك يستفاد منه بمفهوم المخالفة أنها تعرض عما يرد بتلك الأعمال فى حالة تعارضها مع صريح النص، ويؤيد ذلك ما ورد فى أحد أحكامها، من أن القاضى مطالب أولا بالرجوع إلى نص القانون ذاته، وأعماله على واقعة الدعوى فى حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة، فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد فى الأعمال التحضيرية، ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون وتغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع[3].

---

[1] نقض ١٧ مايو ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١١ رقم ٩٢ ص ٤٨٧.

[2] نقض ١١ فبراير ١٩٦٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٢٠ رقم ٤٨ ص ٢٢٧ .

[3] نقض ٩ يونيو ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٠ رقم ١٤٣ ص ٦٣٩ .

ونفس المعنى نقض ٢٢ يونيو ١٩٧٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٢٦ رقم ١٢٣ ص ٥٢٨ .

وقد حددت المحكمة الفيدرالية فى سويسرا موقفها من الأعمال التحضيرية قائلة : أنه عندما يكون القانون غير واضح فإن اللجوء إلى الأعمال التحضيرية يفيد فى تحديد معناه ، كما قررت أنه لا محل للجوء إلى الأعمال التحضيرية حينما يكون معنى القانون واضح فى صيغته أو من غايته .

أنظر فى ذلك :

- F. clerc. ,op. Cit. P. ٢ et ٣.

المطلب الثالث

الشريعة الإسلامية

كمصدر تاريخى لنصوص التشريع

سبق وأن أوضحنا فى الباب الأول أن الشريعة الإسلامية لها أكثر من تأثير واستعمال فى النظام القانونى وكأنها تلتف حول هذا النظام من اتجاهات وجوانب عديدة حتى تتم إطباقها عليه مخلصة إياه من غير الوضعية إلى رحابة حكمتها وطلاقة منطقها. وقد رأينا الشريعة الغراء مصدراً للقانون وكذلك رأيناها هنا الشريعة مصدراً تاريخياً وأداة تفسير وهى كذلك مبدأ عام على رأس مجموعة المبادئ العامة القانونية ومن ثم أداة تفسير، والشريعة الغراء مظلة و ضابط عام للنظام القانونى بأسره بعد التعديل الدستورى للمادة الثانية .

وقد رفضت محكمة النقض إباحة إجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة أشهر استناداً من الطاعن أمامها إلى أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك، وإلى أن المادة ٦٠ من قانون العقوبات تبيح كل فعل ارتكب عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة، مقررة أن "تحريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتبطاً بحق، وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانيها العقاب الذى فرضه الشارع لفعلته، وأن "إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة أشهر ليس أصلاً ثابتاً فى أدلتها المتفق عليها، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأى فيما بينهم[١].

ثم عرضت لثلاثة أفكار فى شأن الصلة بين مناهج التفسير درج الفقه على الاكتفاء بإحداها، وقد رأيت فى الجمع بينها إثراءً وتعميقاً للفكر التفسيرى، ولم أر فيها التعارض الذى يراه بعض الفقه. وهذه الأفكار هى:

فكرة التداخل بين قواعد المناهج الثلاثة عن استخدام المفسر لها فى تفسير النصوص القانونية بصفة عامة والجنائية بصفة خاصة. **وثانى تلك الأفكار فكرة الصلة التكاملية بين القواعد المنتمية للمناهج التفسيرية الثلاث** ذلك التكامل الذى يؤدى إلى تحقيق الهدف الأسمى من كافة مناهج التفسير ألا وهو معرفة المعنى الصحيح للنص. **وثالث الأفكار** وأقلها اهتماماً من جانب الفقه ولكنها من وجهة نظرى أكثرها أهمية للوصول إلى التفسير الصحيح للنصوص ألا وهى **فكرة التتابع الصحيح فى استعمال قواعد تلك المناهج** وصولاً للهدف

---

[١] انظر نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٠ رقم ١٩٥ ص ٩٥٢ .

المذكور. وحاولت إيضاح فكرتى بضرب أمثلة قضائية تبين ضرورة التتابع فى استعمال قواعد تلك المناهج .

الفصل الرابع
مدارس التفسير ومذاهبه
ومدى تأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى القانونى
مبحث تمهيدى
مدارس التفسير بين المذهبين الشخصى و الموضوعى

قد رأينا أن ننهج النهج الذى صار عليه جانب من الفقه المصرى بعرض مذاهب أصل القانون ونظرياته، وكذلك المذهبين الشخصى والموضوعى من خلال دراسة وعرض مدارس التفسير، إذ أن ذلك أقرب إلى تحقيق الغاية من هذه الدراسة[1].

يتنازع الفقه الحديث ثلاث مدارس للتفسير، ويمكن أن نطلق عليها مع جانب من الفقه[2]طرق التفسير، وقد تباينت هذه الطرق تبعاً لاختلاف مذاهب الفقهاء، وتنازع الموضوعى والشخصى لهم، وقد كان هذا التنازع سببه اختلاف نظرتهم فى بيان أصل القانون وأساسه، ومن هنا قامت الصلة الوثيقة بين النظريات التى قيل بها فى طبيعة القانون وماهيته، وبين الأسلوب الذى يتبع فى تفسيره مما أدى إلى تعدد مذاهب التفسير، ومن ثم مدارسه.

ولما كان الأمر كذلك فإنه لا بد من عرض النظريات المختلفة، والتى عالجت أصل القانون، إلا أن هذا العرض سيكون بطريقة موجزة تتناسب مع الهدف من هذا البحث، وهو إلى الحد الذى يسمح بإلقاء الضوء على مدارس التفسير وهى التى تعنينا فى هذه الدراسة، وذلك ببيان الأساس الذى ارتكزت

---

[1] د / رفاعى سيد سد : **المرجع السابق** ،ص١١٤.

[2] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٧١ .

– د/ حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٥١٦ . حيث يشير الى مذهب Sanigny Geny.

عليه كل مدرسة من نظريات أصل وطبيعة القانون، وما أدى إليه من مذاهب، وقد ساد الفقه ثلاثة اتجاهات فى أصل القانون، ولذلك[1] نجد أن مدارس التفسير، كما سلف القول، طبقاً لما يعرضه الفقه ثلاث مدارس أيضاً إذ أن هـذا الفقه قد ربط مذاهب التفسير بنظريات أصل القانون.

وهكذا نجد أنه حيث يكون أساس القانون مرتكزاً على إرادة الدولة، وتكون مصادره محصورة فى التشريع، فنرى[2] أن مدرسة التزام النصوص أو الشرح على المتون فى التفسير قد قامت على هذا الأساس، فإرادة المشرع هى التى تفسر النص القانونى، ويجب تفسير هذه الإرادة فى الوقت الذى وضعت فيه نصوص التشريع، وذلك اتباعاً للمذهب الشخصى كما يطلق عليه جانب من الفقه.

أما إذا كان النظر إلى القانون على أنه ظاهرة اجتماعية تنبع من ضمير الجماعة، ومن الظروف المحيطة بها، فتظهر على هذا الأساس المدرسة التاريخية فى تفسير النصوص وفقاً لظروف الجماعة وحاجتها عند تطبيق النصوص التشريعية، دون مراعاة لإرادة المشرع أو قصده عند وضع النص، وذلك استنتاجاً من المذهب الموضوعى وبين هذين الاتجاهين ظهر الاتجاه الحديث فى النظر إلى أصل القانون، وهو ما نادى به الفقيه "جينى" من أن القانون جوهر وصياغة أو علم وصناعة، عليه قامت المدرسة العلمية العملية فى التفسير على ذلك الأساس.

- <u>مدى بروز أفكار المذهبين الشخصى والموضوعى فى الفقه الأصولى الإسلامى:</u>

إن تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى يعنى طلب معرفة حكم الله تعالى فى الواقعة التى نبحث بصددها، وذلك عن طريق النظر فى نصوص القرآن والسنة والبحث فى غيرهما من الأدلة للتعرف على هذا الحكم.

ومن ثم فإن المآخذ التى تذكر بصدد انتقاد النظرية الشخصية فى تفسير النصوص القانونية لا محل للتحدى بها بصدد أخذ الفقهاء المسلمين بمثل هذه النظرية عند تفسير النصوص التشريعية فى الكتاب والسنة، فالمشرع هنا معصوم من الخطأ منزه عن الهوى، يحيط علمه بما كان من الحوادث وما سيكون، فأقوم المناهج فى تطبيق تشريعه هو البحث عن إرادته والعمل بها،

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، **نفس الصفحة** . حيث يشير الى مذهبى Sanigny Geny.

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٥١٧.

دون أن يؤدى ذلك إلى تحميل النصـــوص فوق ما تحمل، أو إلى الخروج عن مراد الشــــارع منها، غير أن النصـــوص القرآنية والنبوية لا تحيط بأحكام الحوادث، وقد عبر الفقهاء والأصـــوليون عن ذلك بقولهم "النصـــوص تتناهى والحوادث لا تتناهى"، أو "النصـوص متناهية والحوادث غير متناهية"، أى أن نصوص الشريعة الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية لا تشمل بألفاظها، أو بدلالات هذه الألفاظ أحكام الوقائع الجديدة أو المتجددة، التى لا ينقطع حدوثها نتيجة تطور الظروف الاجتماعية والاقتصـادية والسياسـية فى المجتمعات التى تحكمها الشـريعة الإسـلامية، أو فى المجتمع الإنسـانى بوجه عام، ويترتب على ذلك أن الوقوف عند ألفاظ النصوص أو عند تفسيرها وفق النظرية الشخصية، لا يحقق غاية النظام القانونى الإسلامى، المتمثلة أساساً فى تحقيق مصالح العباد وفق نصـوص الشـريعة الإسـلامية، وعلى هدى ما تضـمنته من مبادئ أو من أحكام.

وبناءً على ما تقدم فقد يمم الفقهاء صـوب النظرية الموضـوعية للتفسـير، فقرروا وجوب إعمال أحكام النصوص على كل ما تتناوله ألفاظها لغة أو منطقاً، ومن هنا ظهر الاعتماد على المصلحة المرسلة، والاستحسان والعرف والقياس وتعليل الأحكام للاسـتناد على العلة، منصـوصـة كانت أم مسـتنبطة فى تعدية الحكم، وظهرت قواعد تفسـيرية تبين مدى العمل بأحكام النصـوص، من مثل قولهم "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب"، و"العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى"، و"ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه"، و"الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً".

وقد نقل عن الإمام الشـافعى رضـى الله عنه قوله فى تطبيق النصـوص إلى أقصـى مدى يمكن تطبيقها فيه "إن الأحكام لا تؤخذ إلا من نص أو حمل على نص"، فـأخـذ الحكم من النص يكون عن طريق اتبـاع قواعـد التفسـير اللغوى، والحمل على النص يتضـمن وسـائل التفسـير المنطقى جميعاً، وذلك هو عين ما قررناه من أن التفسير فى الفقه الإسلامى لا يقف عند النظرة اللغوية إلى النصـوص، أو عند منهج المدرسـة الشـخصـية فى تفسيرها، وإنما يتسـع نطاقه ليشـمل النظرة المنطقية إليها، ويسـتوعب ما نعرفه فى فقه القانون بمنهج المدرسة الموضوعية فى تفسيره.

ومما يجدر ذكره هنا أن موقف الفقيه الفرنسى "**Geny**" من تفسير القانون بالبحث عن إرادة المشـرع فى النصـوص التى أصـدرها، ثم التوجه صـوب الحقائق التى تكون جوهر القانون يسـتلهمها الحل الذى تخفق النصـوص فى

تقريره[1]، قريب مما سبق إليه الفقه الإسلامى من منهج للتفسير قائم على استجلاء إرادة المشرع من نصوص الشريعة، كلما كان ذلك ممكناً، ثم اللجوء إلى المصلحة المرسلة والعرف، والاستحسان وعلل الأحكام وغيرها من وسائل الاستنباط المقررة فى أصول الفقه لمعرفة الحكم الذى سكت النص عنه.

المبحث الأول
مدرسة الشرح على المتون
(تقديس النص)

ظهرت هذه المدرسة فى بداية القرن التاسع عشر على أثر صدور تقنين نابليون، وقد مرت هذه المدرسة بطور التكوين، ثم بمرحلة الازدهار التى تبلور فيها فقه هذه المدرسة واتضحت خصائصه المتميزة، ويرجع الفضل فى ما وصلت إليه هذه المدرسة فى تلك المرحلة إلى أساتذة القانون فى فرنسا وبلجيكا الذين ابتغوا أساس هذه المدرسة فى نهجهم ومنهم "تروبلنج"، و"رو"، و"دنتون"، و"اوبرى"، والفقيه البلجيكى "لورنت"، وهى الفترة من سنة ١٨٣٠إلى سنة ١٨٨٠، ثم بعد ذلك تعرضت المدرسة لمرحلة الانهيار وهجرها الفقه تماماً الآن[2]، وقد كان فقهاء هذه المدرسة يقدسون النصوص، ولذا سميت

---

[1] – د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص ٢٢٥ .
– د/ محمد سليم العوا : المرجع **السابق** ، ص ٥٨٦ .
– د /محمد أحمد الشريف : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٢ .

[2] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٤٥ .
– د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، **نظرية القانون** ، **المرجع السابق**، ص٣٣ .
– فى سنة ١٨٠٤ قام نابليون بإصدار قانون مدنى ليطبق على جميع الأقاليم الفرنسية .
– د/ محمد على عرفه : **المرجع السابق** ، ص٢١١،٢١٠.
– د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٣٦٣ .

بمدرسة التزام النص، كما أن شراح هذه المدرسة كانوا يفسرون المتون متناً متناً، وهذا سبب تسميتها بمدرسة الشرح على المتون، والحديث عن هذه المدرسة يتطلب الحديث عن الأسس التى قامت عليها، ثم بيان منهجهم فى التفسير وتقدير هذا الدور.

وفى هذا المبحث سوف نتناول المدرسة الأولى من مدارس التفسير ألا وهى مدرسة الشرح على المتون (تقديس النص)، من خلال استعراض أربعة مطالب كالتالى، المطلب الأول: الأسس التى تقوم عليها مدرسة الشرح على المتون، وطريقتها فى التفسير، والمطلب الثانى: موقف القضاء الأمريكى الحديث من مدارس التفسير (مدرسة التزام النص فى ثوبها الجديد) أما المطلب الثالث فيتناول تقدير أسلوب مدرسة الشرح على المتون، وأخيراً المطلب الرابع: مدى بروز اتجاه الالتزام بالنص فى الفقه الإسلامى، وفيه نتعرض لمدارس الفقه الإسلامى وهى : (مدرسة الحديث– مدرسة الرأى).

المطلب الأول

الأسس التى تقوم عليها مدرسة الشرح على المتون

تقوم هذه المدرسة على مبدأين: الأول تقديس النصوص[1]، والثانى أن إرادة الشارع هى محور النصوص، فترى هذه المدرسة أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، ومن ثم فإن النصوص تتضمن حلاً لجميع المسائل التى تعرض على القاضى، فهى لا تعترف بوجود قواعد أخرى بجانب التشريع، وفى هذا الصدد يرى "هوك" أن الحالات التى ليس لها نص فى التشريع هى حالات نادرة للغاية، وأنه يمكن دائماً العثور على حل لها عن طريق القياس على النصوص، وهو بطبيعة الحال من أعلام هذه المدرسة، ويفخر فقيه آخر وهو "دمو لومب" بأنه يتابع النص خطوة بخطوة، ويقرر أن شعارى وعقيدتى هى النصوص قبل كل شيء.

الأمر الثانى الذى تتأسس عليه[2]هذه المدرسة أن الشارع هو محور النصوص القانونية، فالنصوص القانونية تبعاً لمنهج هذه المدرسة ليست سوى شكل يحتوى

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١١٧ .

١ - د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٤٧ .

- Bonne case : l ecole de l exegesen en droit civil p. ٢٩ –٣٠

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١١٨ .

- د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٧٤٩ ، ٧٥٠ .

٢ Bonne case : introduction a l etude du droit deuxieme edition, sirey ١٩٣١ p. ١٨١

على مضمون هو قصد الشارع بإرادته التى عبر عنها عند وضع النص، ويقول الفقيه "دمو لومب" أن على القاضى المدنى أن يطبق قانون نابليون فى خشوع دون أن يكمله بقواعد القانون الطبيعي، طالما أن القانون الوضعى لا يقرها صراحة أو ضمناً، فإذا لم يجد نصاً فعليه أن يسلك مسلك القاضى الجنائى ويقرر رفض الدعوى المدنية، كما أنه ليس للمفسر طبقاً لهذا المنهج أن يلجأ إلى قواعد العدالة فى حالة عدم وجود نص يحكم المسألة المعروضة، فلا يوجد فى نظر فقهاء هذه المدرسة سوى القانون الوضعى[1]، وقد كان الفقه التقليدى فى إنجلترا يسير على ذات الدرب، فيرى أن التفسير يهدف إلى التأكد من قصد الشارع فيعرف التفسير أحد زعماء المدرسة التقليدية فى بريطانيا بقوله أن التفسير هو البحث، أو هو الطرق التى يتبعها القضاء للتأكد من المعنى الذى يريده الشارع من خلال الألفاظ ذات القوة الملزمة التى استخدمها الشارع للتعبير عما يريد من معانى، ويرى الفقه الأمريكى المؤيد لهذه المدرسة قديماً أن التفسير هو الوسائل التى تبحث بها المحكمة عن قصد الشارع[2].

- **طريقة المدرسة فى التفسير :**

يختلف منهج مدرسة الشرح على المتون فى التفسير عند وجود النص عنه فى حالة عدم وجوده، ففى الحالة الأولى[3]يكون الهدف من التفسير هو البحث عن الإرادة الحقيقية للشارع، وفى حالة عدم وجود النص، يكون هدف المفسر التوصل إلى الإرادة المفترضة للشارع.

والإرادة الحقيقية للشارع يقصد بها تلك الإرادة التى عبر عنها الشارع بنصوصه عند إنشاء التشريع، ويمكن التوصل إليها عن طريق عوامل توجد فى ذات النص، وهى اللغة التى تتمثل فى الألفاظ التى كتب بها النص، فضلاً عن قواعد الأسلوب المنطقى، واستخلاص علة النص عن طريق استخدام قواعده إذا لم يتمكن المفسر من الوصول إلى الإرادة الحقيقية باستخدام العوامل السابقة؛

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق**، ص٤٨ وما بعدها ، فقد اعتنق فقهاء هذه المدرسة فكرة القانون الطبيعى ولكنهم غلبوا القانون الوضعى إذ انهم يرون أن العبرة بالنصوص الوضعية .

- د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق**، ص٣٩٦ .

[2] Salmond: on Jurisprudence editor, p. ١ fitz gerald ١٢ th ed London ١٩٧٥ .p. ١٣٢.

- la Fave & Scott: criminal law west minesata .

[3] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٢٠ .

فإنه يلجأ إلى عوامل خارجة عن النص منها الأعمال التحضـــيرية والســـوابق التاريخية، وذلك بحثاً عن الإرادة الحقيقية للشارع عند إنشاء التشريع.

وأما الإرادة المفترضـــة عند فقهاء هذه المدرســـة[1]، فتعنى أنه إذا لم يتضـــمن التشـــريع حكماً للمســـألة المعروضـــة على المفســـر فى هذه الحالة يجب عليه أن يبحث عن إرادة يفترضـــها، أو يفترض أن الشـــارع كان ســـيقول بها حينما يطلب منه وضـــع حل لتلك لمسـألة، ويلجأ المفسـر للكشـف عن هذه الإرادة المفترضـة إلى جميع الوســـائل الممكنة ومن بينها الســـوابق التاريخية، ويفترض أن الأحكام المســـتمدة من نصـــوص القانون القديم تظل كما هى طالما لم يصـــرح المشـــرع بإلغائها.

وإذا وجد شك فى إرادة الشارع بشأن نص جديد، فيفترض لدى أنصار هذه المدرسة أن الشارع أراد أن يستبقى الحل المقرر فى التشريعات السابقة مادام لم يعالج ذات المسألة فى التشريع الجديد.

وأسـلوب هذه المدرسـة فى التفسـير يخلص فى أن فقهائها يفصـلون بين دور المفســـر ودور الشـــارع، فيجب على المفســـر تطبيق القانون ولو وجده مخالفاً للعدالة، تأسـيسـاً على أن تعديل التشـريع ليتلاءم مع الظروف المتغيرة هو من مهام الشارع وحده.

وأما البحث عن إرادة الشـــارع بالنســـبة للنص الواضـــح العبارة فيكون باســـتعمال الأســـلوب اللفظى أو اللغوى، وذلك بتفســـير ألفاظ وعبارات كل مادة على حدة أولاً، ثم تفسـير كل مادة من مواد القانون جملة، ثم ربط تفسـير المواد بعضـــها إلى بعض، ودراســـة مدى اتفاقها مع كل المواد الأخرى أو تعارضـــها معها. وهذا الأسلوب التفسيرى يبرره أن التفسير لدى هذه المدرسة عملية برهنة ومنطق. ويرى أنصـــار هذه المدرســـة ترتيباً على ما تقدم أن القانون لا يتيســـر فهمه إلا من خلال التحليل والتركيب، ودور المنطق أن يوقد العمل الذهنى للوصول إلى الحقيقة.

وأما فى حالة النص الغامض فإن فقه هذه المدرسـة يصـل إلى إرادة الشـارع التى يعتبرونها الإرادة الحقيقية له، بالاســـتعانة بكل الوســـائل التى تمكنه من التوصـل إلى هذه الإرادة، ومنها الاسـتعانة بعلة التشـريع أو روح التشـريع كما

---

[1] - د/ جميل الشرقاوى : **المرجع السابق**، ص٢٠٠ .

- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق**، ص١٢٢،١٢١ .

يســـميها البعض[١]، ذلك بأن الأســـباب والمبررات التى تدفع الشـــارع إلى ســـن القانون هى كل القانون، كما يقول الفقه المؤيد لهذه النظرية. فإذا لم تســـعف علة التشريع المفسر يلجأ إلى المصادر التاريخية التى استقى الشارع منها نصوصه، مثال ذلك عندنا الشـريعة الإسـلامية والقانون الفرنسـى، وإذ لم يتمكن باسـتخدام الوسـيلتين السـابقتين من التوصـل إلى قصـد الشـارع، فإنه يتوجه إلى الأعمال التحضيرية التى تضم المناقشات والآراء التى صاحبت التشريع عند إصداره[٢].

وأما عن دور المفســـر فى حالة عدم وجود النص، فيمكن إجماله طبقاً لهذه المدرســـة فى أن المفســـر يقوم بالبحث عن النية المفترضـــة للشـــارع، أى أنه يسـتخدم وسـائل الاسـتنتاج المنطقى ليصـل إلى حل ما وينسـبه إلى الشـارع، باعتبار أن هذا الحل يفترض أن الشارع يقول به لو عرضـت عليه تلك المسـألة وقت وضـع النص. وذلك اسـتناداً إلى أن الشـارع، إما أنه قد نص على ذات هذه الحلول فى فروض مشـــابهة أو فى فروض تكون علة الحكم فيها أضـــعف من علته فى الفروض غير المنصـوص عليها، وإما أن يكون الشـارع قد نص على عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة[٣].

وخلاصـــة القول أن افتراض إرادة المشـــرع يتم إما بوســـيلة القياس أو الاسـتنتاج من باب الأولى أو الاسـتنتاج بمفهوم المخالفة[٤]، فهذه هى الأســـاليب المنطقية التى يستخدمها فقهاء المدرسة للقيام بعملية التفسير فى حالة عدم وجود النص، فإذا لم تجدى الطرق السـابقة فى التوصـل إلى حل المسـألة المعروضـة، فعلى المفســـر أن يلجأ إلى المبادئ العامة التى تتضـــمنها النصـــوص القانونية ليستخلص منها الحل المناسب مقرراً أن هذا الحل هو الإرادة المفترضة للشارع فيما لو عرضت عليه المسألة المذكورة.

---

١ د/ عبد الحميد متولى : مصـادر الأحكام الدسـتورية فى الشـريعة ، **مجلة الحقوق** ، الإسـكندرية ، العدد الأول والثانى،١٩٦١ ، ص٨ .

٢ Jean Iuc aubert : introduction au droit p. ٥٥

٣ د/ حسن كيرة :**المرجع السابق** ، ص٤٠٥ ، ٤٠٦ .

٤ د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٥٥،٥٤ Jean luc aubert

المطلب الثانى
موقف القضاء الأمريكى الحديث من مدارس التفسير
(مدرسة التزام النص فى ثوبها الجديد)[1]

إن حكم وسيادة القانون هى العنصر الأساسى فى الديمقراطية الدستورية السائدة فى العالم الغربى اليوم. ومن ثم فقد كان من الطبيعى والمنطقى اهتمام عدد غير قليل من فقهاء القانون فى تلك الدول إلى الاهتمام الدائم بفكرة تطوير وإعادة النظر والتحليل الدائم للنظريات القانونية التقليدية، والتى تأسست وقامت عليها الدولة القانونية بأركانها المعروفة فى النظم الديمقراطية الغربية .

وقد نالت دراسة تفسير القوانين لدى علماء القانون الغربيين نصيبها من هذا الفكر القانونى الجديد القائم على فلسفة إعادة النظر والتقويم للأفكار التقليدية المستقرة بغية تطويرها، ومن ثم تطوير النظام القانونى بأسره، وقد كانت أولى ثمار هذه الدراسات الحديثة المفصلة والمناقشات العلمية الواسعة فى هذا

---

[1] راجع فى هذا الموضوع :

- Rosenfeld, Michel. Just Interpretations: Law between Ethics and Politics.Berkeley:University of California Press, ١٩٩٨:
- .Scalia, Antonin et al. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧.
- Marmor, Andrei. ***Interpretation and Legal Theory***. Oxford: Clarendon Press,١٩٩٢:
- Maclean, Ian. Interpretation and Meaning in the Renaissance: The Case of Law Cambridge: Cambridge U. P., ١٩٩٢: (Ali, Mohamed Yunis: p.٢٥١)
- Gleave, R. and E. Kermeli. Eds. Islamic Law: Theory and Practice. London: I.B. Tauris, ١٩٩٧.

المضــمار إبراز محورية وأهمية علم التفســير القانونى فى تطوير المجتمعات الديمقراطية، كما يوضـــح كتاب "**Amaller of Jnterpnetation**" الذى اشترك فى كتابته عدد من أساتذة القانون تعليقاً على مقالة قاض بمحكمة النقض فى الولايات المتحدة، ولتوضـــيح هذا الأمر نلقى نظرة ســريعة على كتاب هام يتناول الجوانب المتعددة لعملية التفسير القضائى للقوانين، وهو يعرض وجهات نظر الفقهاء والقضــاء الأمريكى فى أواخر النصـف الثانى من القرن العشـرين، ويبدأ بمقالة مطولة كتبها"**Scalia**" القاضى بالمحكمة العليا الأمريكية، ويتناول دور المحاكم الفدرالية الأمريكية فى التفسير، وخصوصاً للنصوص الجنائية.

وفى مقالة أخرى للمستشـار "**Scalia**" القاضـى بالمحكمة العليا عن دور المحاكم الفدرالية فى الولايات المتحدة فى تفسير الدسـتور والقوانين. ثم يعرض الكتاب تعليق جمع من رجال القانون والتشــريع على الآراء المطروحة فى هذا المقال، ومن الآراء المتباينة المطروحة فى المقال والتعليقات عليه ورده على هذه التعليقات[١].

والخلاف الرئيسى حول هذا الموضوع يكمن فى الخلاف بين الأخذ بظاهر النص والأخذ بمقصد المشرع، وبين هذين الطرفين آراء وسطية كثيرة تقترب وتبعد، وتوافق وترفض وتضــيف وتعدل، وينادى "**Scalia**" بالأخذ بظاهر النص، ولكنه يوضح أن الأخذ بالنص **Textualism** ليس جامداً غير مرناً كما يظن البعض، ولكنـه يقيد القضـــاة فلا يترك تفســير القوانين طبقاً لأهوائهم ومعتقداتهم الشخصية مما قد يؤدى فى نظره إلى التعدى على العدل المجرد.

ويســتطرد "**Scalia**" قائلاً أننا لا يجب أن نخلط بين "**Textualism**" إتباع النص و"**Stuet Constwctiosim**" التقيد المتشدد بظاهر ألفاظ النص، ويقول أن النظرية الأخيرة هى شكل متدنى للنظرية الأولى يسئ لسمعتها ويشوه معناها، فالنص لا يجب أن يفسر بالتقييد الشديد لحرفية الألفاظ، كما لا يجب أن يفســر النص بالتحرر الزائد مما تدل عليه هذه الألفاظ، وإنما يجب أن يتخذ المفسر موقفاً وسطاً بين هذين الطرفين، ويضرب "**Scalia**" مثالاً بقضية اتخذ فيها قراراً منذ أربعة سـنوات تخالف لأعضــاء محكمته، والنص المختلف عليه فى تلك القضــية يقول أن مدة العقوبة بالسـجن تزيد إذا اقترن تهريب المخدرات باســتخدام ســلاح نارى، وكان المهم فى هذه القضــية قد حاول شــراء كمية من الكوكايين، وكان قد قدم لبائع المخدرات ســلاح نارى كجزء من ثمن الكوكايين، ويبدى **Scalia** أســفه أن معظم أعضـــاء المحكمة المعنية اســتخدمت النص المذكور أعلاه لزيادة عقوبة المتهم، ويوضـــح "**Scalia**" أن هذا الخطأ الذى

---

[١] Scalia, Antonin et al. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧.p.٢٧.

وقعت فيه المحكمة والذى اعترض هو عليه كان إما بسبب عدم فهمهم للـ **Textualism** أو لاتباعهم فلسفة "**Constwctiosim Stuet**" التى هى سوء فهم وتشويه لفلسفة الـ "**Textualism**" التى تنادى لها.

ومن الجانب الآخر يؤيد "**Scalia**" الالتزام بألفاظ النص إذا كان عدم الالتزام بها يؤدى إلى إبطال المقصد الأصلى للشارع الذى وضع النص، ويضرب **Scalia** مثالاً على ذلك موقفه من طفلة تم الاعتداء عليها، ورأت المحكمة حفاظاً على نفسية الطفلة أن تدلى بشهادتها فقط أمام المدعى العام والدفاع، بينما يشاهد المتهم والقاضى والمحلفين إدلاء الطفلة بشهادتها على شبكة تلفزيونية، وذلك حتى لا تصاب الطفلة بالفزع إذا واجهت المتهم، ويقول "**Scalia** " ولو أن هذا الإجراء يبدو معقولاً ومقبولاً، وبالرغم من أن المحكمة عدته إجراءً دستورياً نظراً للظروف الخاصة بالقضية، إلا "**Scalia**" اعترض على ذلك الإجراء لأنه بمخالفة ألفاظ النص قد أبطل القصد الأصلى منه، والنص يقول أن فى كل الادعاءات الجنائية للمتهم حق مواجهة شهود الإثبات، ولا يخفى على أحد الهدف من هذه المواجهة، فمشاهدة الشهود على الشاشة التلفزيونية لا تحقق هذا الهدف، والهدف الأساسى هو الضغط النفسى على الشاهد لا يدلى بشاهدة زور، إذ أنه من الصعب على أى شخص أن يتهم أحداً وجهاً لوجه خاصة إذا كان كاذباً، وحيث أنه لم تجد أى عوامل خارجية منذ وضع هذا النص[١]. فعدم التقيد بأحد أركانه الأساسية يعد غير مقبول، ويستطرد قائلاً أن حالة الأطفال المعتدى عليهم لم تكن موجودة عند وضع النص. والرد على ذلك أنه كان فى الإمكان وضع ساتر يمكن المتهم من رؤية الشاهد بينما يحول بين رؤية الشاهد للمتهم. ومع هذا فقد أعطى النص لكل المتهمين فى جرائم جنائية حق مواجهة الشهود، لأن الشارع رأى أن هذا الإجراء يوفر حماية مناسبة للمتهمين من التعرض لشهادة الزور. وكل ما تغير بالفعل فى ظروف هذه القضية هو حساسية المجتمع الحديث للاضطرابات النفسية التى قد تصاب بها الطفلة فى مثل هذا الموقف. ولكن **Scalia** يرى أن تقييم المجتمع لظلم لا يكفى لتعريض المتهم فى مثل هذه القضايا للإدانة ١٠٠%، إذا كانت التهمة باطلة، ولذلك فبالرغم من أن المجتمع ككل قد سعد بهذا الحكم إلا أن "**Scalia**" يرى أن عدم الالتزام بالنص فى هذا الحكم قد محا أحد الحريات التى كان يكفلها فهم هذا النص من ذى قبل، والتساؤلات التى يثيرها المعلقون على مقال "**Scalia** " تنقسم إلى قسمين، ماذا يفعل القضاة الملتزمون بحرفية النص إذا كان النص مبهماً ؟ والأهم من ذلك ما كان النص مبهماً ؟ والأهم من ذلك ما

---

١ Scalia, Antonin et al. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧.p. ٢٩.

الذى يمنع القضـــاة من تســـخير المبادئ الأخلاقية الثابتة، والعناصـــر الأخرى المساعدة الخارجة عن النص قاصراً أو غير كاف؟[١].

ويتفق المعلقون مع انتقاد "**Scalia**" لتفســير القوانين طبقاً لقصــد المشــرع الأصــلى، أو طبقاً لمعتقدات القاضــى الأخلاقية الشــخصــية، ولكنهم يعرضــون بدائل أخرى هى صور متباينة تبايناً كبيراً لفلسفة الــ **Textualism** التى ينادى بهــا "**Scalia**" ولكنهــا تتمــاشـــى مع القيم الــديمقراطيــة على عكس الــ **Textualism** التى ينادى بها "**Scalia** "، وبالإضــافة إلى ذلك فإنهم يعتقدون أن "**Scalia**" يناقض نفســه فى الكثير من الأحيان، ويعبر قصـــد المشـــرع الأصـــلى اهتماما كبيراً، ولننظر مثلاً إلى تعليق **Ronald Dworkin** أســتاذ القانون بجامعة نيويورك، وأستاذ الفقه القضائى **Jurisprudence** فى جماعة أوكسفورد على بعض النقاط فى مقالة "**Scalia** ".

يقول **Dworkin** أن "**Scalia** " يناقض نفســه أحياناً، ويؤيد الأخذ بقصــد النص التشــريعى الذى بدا مقالته بشــعبة كما هو واضــح مثلاً فى قضــية اســتخدام سلاح مع تهرب مخدرات المذكورة أعلاه، ويشير أيضــاً **Dworkin** إلى تفسير "**Scalia**" للنص الدستورى الرابع عشر المعدل الذى يقول بالمساواة فى حماية القوانين للمواطنين **Equal Protection of the Lows**، فهو يؤكــد أن النص الثامن المعدل لا يمنع عقوبة الإعدام، وهكذا فعند تفســيره لهذا النص أخذ "**Scalia** " بقصــد المشــرعين وليس بألفاظ النص، فالأخذ بألفاظ النص تقتضــى منع التفرقة العنصـــرية فى المدارس العامة، ولكن الذين وضـــعوا هذا النص لم يقصدوا هذا، ولذلك إذا أخذنا قصد المشرع فى الاعتبار فإن هذا النص لم يقصد منع التفرقة العنصرية، وقد كان المشرعون أنفسهم بالرغم من مواقفهم على هذا النص المعدل يتبعون سياسة التفرقة العنصرية فى ولاية كولومبيا.

ولكن "**Scalia**" فى تفســيره لهذا النص لم يأخذ بالـــــ**textualism**التى ينادى بها، ويضـــرب **Dworkin** مثالاً آخر لمناقضـــة "**Scalia**" لفلســفة الــ **Textualism** التى ينادى بها يقول أن هذا التناقض يبدو واضــحاً فى مناقشـــة "**Scalia** " القصـــيرة لعقوبة الإعدام فى حد ذاتها عقوبة قاســية أو غير عادية بإطلاق كما تعتبرها كثير من الأنظمة الديمقراطية اليوم.

---

[١] -Scalia, Antonin et al. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧,p.٣٠.

- Rosenfeld, Michel. Just Interpretations: Law between Ethics and Politics.Berkeley:University of California Press, ١٩٩٨:

وبضرب أمثلة كثيراً ولا يلتزم حرفياً بالـــ **Textualism** التى ينادى بها، وبينما يوافق على بعض النقاط التى أثارها **Dworkin** إلا أنه يؤكد أنه فى تفسيره للقوانين يأخذ بالقصد العام المفهوم من الألفاظ **Semantic Intention** وليس بقصد المشرعين **the Concrete Expectations of Lowgivers**.

ويوضح وجهة نظره بالإشارة إلى تفسيره للنص الثامن المعدل **Eighth Amendment** الذى فى تقديره لا يحرم عقوبة الإعدام، بقول أن النص لا يعنى كل ما يعتبر قاسياً من وجهة نظر الجيل الحالى، وإنما كل ما يعتبر قاسياً بصفة عامة دون النظر للزمن. وإلا فإن النص قد لا يصبح هذا النص صالحاً لحماية المحكوم عليه من وجهة نظر جيل قادم أكثر قسوة ووحشية قد يأتى مستقبلاً .

وهكذا، فإن المناقشة الدائرة بين المشاركين فى هذا الكتاب لا تجزم بترجيح رأى على رأى، وإنما توضح مزايا الآراء المختلفة حول هذا الموضوع كما توضح عيوبها، وتترك للقارئ لهذه الآراء المتباينة مساحة من الاجتهاد فى اختيار النسب والأكثر ملاءمة لكل مجتمع من بين طرائق وأساليب التفسير المعروضة[١].

---

١ -Scalia, Antonin et al. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧,p.٣٠.

المطلب الثالث

تقدير أسلوب مدرسة الشرح على المتون

وأما عن تقدير دور مدرسة الشرح على المتون كمدرسة من مدارس التفسير، فإن أول ما يلفت النظر هو مسألة الإرادة المفترضة مدى جواز اللجوء إليها فى المواد الجنائية، وبصفة خاصة فى مواد التجريم والعقاب.

إن اللجوء إلى الإرادة المفترضة فى هذه الحالات قد يكون طعناً جوهرياً فى أسلوب عمل هذه المدرسة فى تفسير، إلا أن البين أن فقهائها يقتصرون على الإرادة الحقيقية فى تفسير المواد المتعلقة بالتجريم والعقاب، كما يلفت النظر فى منهج هذه المدرسة التطرف الشديد فى استخدام الأسلوب اللغوى فى التفسير، وإعطاء أهمية كبيرة لموضوع الكلمات والجمل والفواصل، ولو أدى إلى نتائج غير عادلة، ولا تتمشى مع روح العصر الذى يتم فيه التفسير طالما أن هذه النتائج هى النتائج التى أرادها الشارع روح العصر الذى يتم فيه التفسير طالما أن هذه النتائج هى النتائج التى أرادها الشارع كما يقول أنصار هذه المدرسة[1].

كما يؤخذ عليها فساد الأساس الذى تقوم عليه، كما يرى جانب من الفقه[2]، وهو تقديس النصوص اعتبار التشريع هو أصل القانون فقط، ذلك بأن هناك مصادر أخرى للقاعدة القانونية غير التشريع وخاصة فى المجال الذى لا يتعلق. بالجرائم والعقوبات مثل العرف ومبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى، كما وأن القانون مرآة المجتمع وقلبه النابض بتطور المجتمع سياسياً واقتصادياً وثقافياً، وإذا كان القانون من صنع البشر فى النهاية شيمته الدائمة الملازمة له ستكون النقص[3].

---

[1] د/ منصور مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٥٠ .

[2] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٥٧ وما بعدها.

[3] - د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٢٧ .

- د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٧٦ .

كما أن هذه المدرسة تهدف إلى التوصل إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وليس الهين الوصول إليها ، بل إن لم يكن ذلك مستحيلاً فى بعض الأحيان، وذلك بأن واضع النص فى حقيقته مجموعة من الأشخاص وليس شخصاً واحداً ، فالشكل المألوف أن تقوم بذلك لجنة. كما أن التشريع فى العصر الحديث من النادر أن يكون محل إجماع فى الهيئة التشريعية، أما الالتجاء إلى الإرادة المفترضة فيزيد على ذلك النقد أنه من وضع المفسر، ولا يمكن فى الحقيقة نسبته إلى الشارع.

وأهم ما يضاف إلى ذلك النقد أنه من وضع المفسر، ولا يمكن فى الحقيقة نسبته إلى الشارع، وأهم ما يضاف إلى ذلك النقد أنه إذا كانت هذه المدرسة تفصل بين دور الشارع ودور المفسر فصلاً مطلقاً ترى أن على المفسر[1] أن يطبق القانون بعد التوصل إلى إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النص، وإذا تغيرت الظروف التى وضع فيها النص الفعلى المشرع أن يقوم بتعديل القانون ليتلاءم مع الظروف الجديدة، فهنا تقع هذه المدرسة فى ذات الخطأ الذى حاولت الابتعاد عنه إذ أن افتراض إرادة الشارع وقت وضع النص ما هو إلا تشريع من قبل المفسر، فإنه لا يمكن الجزم بأن الشارع كان يأخذ بما ذهب إليه المفسر.

كما أن صدور التشريع الجديد يأخذ وقتاً طويلاً خاصة إذا كان موضوع التشريع عظيم الأهمية. ومن ثم يصاب التشريع بالجمود يصبح عاجزاً عن ملاحقة حالات الإجرام المتطور، ذلك بأن العلم الحديث يفصح كل يوم عن آلات ووسائل جديدة يمكن أن ترتكب بها الجرائم، وبذلك تنشأ صور جديدة لم تدر بخلد واضع النص، ولا يشملها بالتالى حكمه أو إرادته كما يقول أنصار هذه المدرسة. ويؤدى ذلك إلى أن يصبح المفسر قاضياً كان أو فقيهاً منعزلاً عن واقعة وبعيداً عن جوهر وظيفته ألا وهو إقامة صرح العدالة بين أفراد المجتمع.

إلا أنه فى النهاية تجدر الإشارة إلى المزايا التى أفرزتها هذه المدرسة فى الفقه واستفاد منها القضاء، ويمكن إجمال ذلك فى مبدأ مؤداه أنه إذا كانت نية المشرع واضحة، بحيث يمكن استخلاصها من عبارات دون الالتجاء إلى وسائل خارجية، فإن ذلك يضحى[2] ملزماً مما يغلق الباب أمام تضارب الأحكام وتعدد التفاسير للنص الواحد، ويمكن بهذه الطريقة استقرار الروابط القانونية فى حالة كون النية الحقيقية للمشرع جلية واضحة الأمر الذى يؤدى إلى احترام نصوص التشريع.

– د/ حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٥٢٣

[1] – د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٢٩ .

[2] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٧٧ .

المطلب الرابع

مدى بروز اتجاه الالتزام بالنص فى الفقه الاسلامى

إن شرعية التمسك بالنصوص تسود عقب كل تشريع جديد يراد الاحتفاظ بنصوصه وصيانته من العبث. وإذا بدا ذلك فى التشريعات الوضعية التى لا تلبث أن تعدل أو تلغى، فإنه يكون أمراً بديهياً فى الشرائع السماوية المقدسة.

إن المدارس الفقهية الإسلامية كافة تلتقى عند كتاب الله، وتستمد منه منهجها وطريقها للتعرف على الأحكام الشرعية. فهو الكتاب المقدس الذى جاء تبياناً لكل شئ، ووعد الله سبحانه بحفظه "**إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ**"[1].

ومن ثم كان التمسك بالنص القرآنى هو المنهج الرئيسى لجميع الاتجاهات الفقهية، والحكم الشرعى هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً. والحق أن الشريعة الإسلامية قوامها النصوص الشرعية. ومتى وجد النص أصبح الحكم الشرعى قاطعاً، حيث "لا مجال للاجتهاد فى مورد النص"، أن المنهج التقليدى فى البحث عن نية المشرع الحقيقية بغض النظر عن العبارات المستعملة نجده واضحاً فى وسط علماء الشريعة. فعليه نصت المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية بقولها "الأمور بمقاصدها".

ونصت المادة الثالثة منها على أن "العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى"، وهذه المادة توضح المبدأ العام فى التأكيد على النية، وإن كانت متعلقة بنية المتعاقدين لا بنية المشرع. ومن الواضح أن علماء الشريعة الإسلامية يعتدون باللفظ، ويرون أن "الأصل فى الكلام الحقيقة"، وهو ما نصت عليه المادة الثانية عشرة من المجلة (م ١٥مدنى عراقى)، وإذا أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقى لا يحمل على معناه المجازى ، فالراجح فى اللفظ المستعمل إرادة معناه الحقيقى مهما أمكن لأن المعنى الحقيقى أصل اللفظ والمعنى المجازى خلاف الأصل، وإذا كان اللفظ صريحاً واضحاً فيجب التقيد بالنية المقصودة الواضحة، ولا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح (م ١٥٧ مدنى عراقى) .

---

[1] سورة الحجر: الآية٩

أما إذا لم يكن النص صريحاً أو إذا تعذر استخلاص النية الحقيقية منه لأى سبب، فيجب البحث عن النية المفروضة التى يفترض أن المشرع قصدها عند وضع التشريع[1].

والنية المفروضة هنا تشمل الأحكام الاجتهادية الظنية، ووجود أمارة ظنية للحكم كاف لإقرار الحكم الاجتهادى، وإذا كنا نلاحظ وجه الشبه هذا بين الفقه الإسلامى ومدرسة الشرح على المتون من حيث النهج، فإننا ندرك كذلك أن المراحل التى مرت بها مدرسة الشرح على المتون فى القرن التاسع عشر بخصائصها المتنوعة مر الفقه بنظيرها بعد عهد الرسول، صلى الله عليه وسلم، فى البلاد الإسلامية تحت اسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأى[2]، ولذلك يحسن بى الإشارة إلى خصائص هاتين المدرستين لنبين وجوه الشبه بينهما وبين خصائص المرحلتين الأولى والثانية من حياة مدرسة الشرح على المتون.

أ – مدرسة الحديث :

بدأت هذه المدرسة فى عهد الصحابة بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقد أثر عن كثير من الصحابة أنهم لا يفتون بالرأى ويؤثرون السكوت فيما لم يرد فيه نص. وقد تزعم هذا الاتجاه فى عهد التابعين الإمام سعيد بن المسيب.

وقد أخذ عنه كثير من الفقهاء الذين انتشروا فى الأمصار مثل عامر الشعبى، وسفيان الثورى، والليث بن سعد وداود الظاهرى والأوزراعى[3]، ومما نسب إلى الشعبى قوله "ما حدثك هؤلاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فى فخذ به وما قالوه برأيهم فألقة فى الحش أى الكنيف"[4].

وكان دأب فقهاء هذه المدرسة إذا استفتوا فى مسألة لم يرد فيها نص أن يقول أحدهم: لا أدرى، وكانوا يعتبرون قول لا أدرى نصف العلم، حتى سخر منهم

---

[1] – د / عباس عبد الحميد ، **أصول القانون** ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٧ ، ص ١٠٧ ومابعدها .

[2] – د / مختار القاضى : **المرجع السابق** ، ص ٨٤ .

– الأستاذ / عبد الباقى البكرى ، **المرجع السابق** ، ص ١٧٦ وما بعدها.

[3] د / محمد حمد الهوشان : **مقدمة دراسة علم الأنشطة** ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، جامعة الرياض ، ١٩٧٥ ، ص ١٠٧ .

[4] العلامة / شاه ولى الله الدهلوى : **حجة الله البالغة** ، القاهرة ، المطبعة الأميرية ، الجزء الأول ، ١٢٨٤ هـ، ص ٣٧٠ .

الأمام أبو حنيفة رضى الله عنه، قائلاً: "ليقولوا لا أدرى مرتين ليستكملوا العلم كله".

وقد تبلورت هذه المدرسة فى فقه المذهب الظاهرى الذى أسسه الإمام داود الظاهرى ٢٠٢ – ٢٧٠ هـ. وقد كان من أشد الناس تمسكاً بالنصوص وتركاً للقياس، ولم يأخذ بالتعليل، وكل ما يتصل بالرأى من قريب أو بعيد، لاعتقاده بأن النصوص الشرعية تفى بأحكام الحوادث ولا حاجة إلى الأقيسة[1].

ومن المدارس الفقهية التى عنيت بالنصوص، ولم تحتج بالقياس الشيعة الإمامية[2] ، وواضح أن منهج مدرسة الحديث يبدو قريب الشبه بالاتجاه التقليدى للفقه الفرنسى فى مرحلته الأولى .

ب – مدرسة الرأى :

من المعروف فى تاريخ الفقه الإسلامى أن بعض كبار الصحابة، كعمر وعلى ومعاذ بن جبل وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم حملوا لواء الرأى، ولم يتمسكوا بحرفية الرأى بل كانوا يفهمون روحه .

وقد تبعهم فى هذا النهج بعض كبار التابعين وتابعيهم. إلا أن هذه المدرسة اقترنت فى عرف الكتاب بالمذهب الحنفى الذى أسسه الإمام أبو حنيفة النعمان، رضى الله عنه، (٧٠ – ١٥٠).

وتميزت هذه المدرسة بالإقلال من الاعتماد على الأحاديث، وبالتعويل على القياس وبإعمال الرأى فى الإفتاء، غير أن أقطاب هذه المدرسة ما لبثوا بعد فترة أن انساقوا وراء المنطق فى تفكيرهم، وابتعدوا عن واقع الحياة فى فقههم لكثرة ما أحدثوه من فروض، وساقوه من تعبيرات وتساؤل مما صبغ الفقه بصبغة نظرية على صورة دعت غيرهم من فقهاء المسلمين إلى تسميته بالفقه التقديرى أو فقه الأرأيتيين لكثرة ترديدهم لفظ (أرأيت)، وهذا عين ما فعله فقهاء المرحلة الثانية من مراحل مدرسة الشرح على المتون[3].

على أن النزعة الأولى فى التمسك بالنصوص، والنزعة الثانية التى تجرى وراء المنطق والفروض قد خفت حدتهما بظهور الإمام الشافعى، رضى الله

---

[1] الإمام / ابن حزم الظاهرى : **المرجع السابق** ، ص ٩٢٩ وما بعدها.

[2] الأستاذ / محمد تقى الحكيم : **الأصول العامة للفقه المقارن** ، ص ٧٠ وما بعدها .

[3] - د / مختار القاضى ، **المرجع السابق** ، ص ٨٥ .

- الأستاذ / عبد الباقى البكرى : **المرجع السابق** ، ص٨٦ .

عنه، ١٥٠- ٢٠٤ هـــ، الذى يعتبر ظهوره بداية لظهور المدرســة الحديثة فى الفقه الإسلامى. فقد أرسى الإمام الشافعى الفقه على أصول علمية ثابتة فصلها فى الرسالة، وكتاب الإمام، وصبغه بالصبغة العملية التى تساير واقع الحياة، وتنأى به عن الفروض والتقديرات، وقد تميزت هذه المرحلة بالحد من غلواء نزعتى أهل الحديث وأهل الرأى، وبالعمل على التوفيق بينهما. وأضـــحى الفقه فيها ضـــرورة عملية تقوم على واقع الحياة، ولم يعد يجرى وراء التقديرات والفروض[1].

يتضـــح مما ســبق أننا نجد نظيرا لمدرســـة الشـــرح على المتون فى الفقه الإســلامى، سـواء من حيث فكرتها، أو من حيث المراحل التى مرت بها. فأهل الحديث يتقيدون بالنصوص الكريمة، ويتحاشون إعمال الرأى فيما لم يرد بشأنه نص. وهو نفس مســلك الشـــراح على المتون فى المرحلة الأولى من عمر هذه المدرسة. وأهل الرأى يجرون وراء المنطق ويخلقون الفروض والتقديرت، كما فعل ذلك المعلقون على قانون نابليون، وهم زعماء المدرســة فى المرحلة الثانية من مراحل تطورها .

وعلماء أصول الفقه سايروا الحياة العملية، ولم يتمسكوا بحرفية النصوص على منوال يماثل طريقة زعماء مدرسة الشرح على المتون فى مرحلتها الثالثة. بل ونســـتطيع القول أنه إذا أمكننا اعتبار المرحلة الثالثة من مراحل الفقه الإسلامى بداية لظهور المدرسة الحديثة، فإن بوسعنا اعتبار المرحلة الثالثة من مراحل مدرســـة الشـــرح على المتون تمهيدا لظهور المدرســـة العلمية فى الفقه الوضعى[2].

ومع ذلك ، فإن علينا أن نشـــير إلى أمرين ينهضـــان كفارقين بين الفقه الإسلامى فى تطوره، وبين مدرسة الشرح على المتون فى تدرجها. أولهما: أن مراحل تطور مدرســة الشــرح على المتون كانت متسلسلة متعاقبة دون تداخل فيما بينهما، أما مراحل تطور الفقه الإســـلامى، فلم تخل من التداخل، ذلك لأن مدرســة أهل الرأى، وإن كانت قد نشـأت بعد ظهور مدرســة الحديث بفترة، إلا أنها لم تحل بديلاً عنها، ولم تستطع النيل منها. بل ظلت المدرستان قائمتين جنباً إلى جنب تتنازعان ســـيادة الفقه. وثانيهما: أن المرحلة الثالثة من مراحل تطور مدرســة الشـرح على المتون تميزت بالاهتمام بأحكام القضــاء، وبإحلالها منزلة

---

[1] - **المرجع السابق مباشرة** ، ص١٧٨ .

- د / مختار القاضى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦ .

[2] الأستاذ / عبد الباقى البكرى ، **المرجع السابق** ، ص١٧٨

رفيعة من الفقه. أما القضـــاء الإســـلامى، فلم يرق إلى مرتبة الفقه إطلاقاً، وظل أبداً يتلقى منه العون والتوجيه[1].

المبحث الثانى
المدرسة التاريخية أو الاجتماعية

وفى هذا المبحث نتناول المدرســة الثانية من مدارس التفســير القضــائى ألا وهى المدرســـــة التاريخية أو الاجتماعية، من خلال عرض أربعة مطالب، المطلب الأول: الأسس التى تقوم عليها المدرسة التاريخية، وعلاقتها بالمدرسة الوضـــعية فى إيطاليا وســـبب تســـميتها بالتاريخية، أما المطلب الثانى فيتناول أسـلوب المدرسـة التاريخية فى التفسـير، والمطلب الثالث بعنوان تقدير أسـلوب المدرســـة التاريخية، ونختم بالمطلب الرابع، وفيه نعرض مدى بروز عناصـــر المدرسة التاريخية فى الفقه الإسلامى.

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص١٧٨.
- د / مختار القاضى ، **المرجع السابق** ، ص ٨٦ .

المطلب الأول

الأسس التى تقوم عليها المدرسة التاريخية

ولقد كان للفقيه الفرنسى "منتسيكو" فضل السبق فى التمهيد لظهور هذه المدرسة، وذلك بإشارته فى كتاب روح القوانين إلى تأثير البيئة على القانون الذى يصدر فى مجتمع ما، فالتشريعات يتعين أن تتناسب مع طبيعة كل بلد ومركزها، واتساعها، وتقاليد ودين الشعب[1] كما يقول "منتسكيو".

إلا أن الذى أسس هذه النظرية بشكل محدد هو الفقيه الألمانى "سافين" الذى وقف فى وجه الدعوة التى كانت تنادى بإصدار تقنين مدنى ألمانى على غرار التقنين المدنى الفرنسى، وأوضح أن القانون ينبع من ضمير الجماعة البشرية ، ويعبر عن الروح السائدة فيه، ولذلك فإنه يتطور بتطور حاجات الجماعة التى يحكمها، وقد أضاف إلى ذلك أنه يستوى أن تكون القاعدة القانونية صادرة من السلطة المختصة فى الدولة فى شكل تشريع، أو أن تكون تعبير عن واقع يعيشه المجتمع متمثلاً فى العرف السائد فيه[2].

وهذا المفهوم الذى يضع فى اعتباره تطور المجتمع وظروف الشعوب، هو المنهج الذى قامت عليه المدرسة الوضعية فى القانون الجنائى، حيث نرى أن القانون لدى أنصاره هو ثمرة لحاجات المجتمع، وأنه تعبير عن البيئة التى يوجد فيها، ولذا فإنه كاللغة والفن والأخلاق يتطبع بطابع الأمة التى خرج منها[3].

وأما نظرة هذه المدرسة إلى أصل القانون، فهى ترى القانون باعتباره حدثاً اجتماعياً، إذ هو ثمرة التفاعل للعوامل المختلفة السائدة بالمجتمع، فتطوره تبعاً لتطور هذه العوامل .

---

[1] Mantispuieu : I esprit des lais, liver I , chapitre III – p. ١٠ –١١

[2] – د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٣٩ .

– د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٥٩، ٦٠ .

[3] – د/ جلال ثروت : **المرجع السابق** ،ص١٣٢ .

– من الفقهاء الذين نظروا إلى القانون ذات النظرة الفقهية بوختا Puchta الذى يرى أن القانون ينبع من روح الشعب والرأى السائد بين أفراده بما يحقق وحدة فكرية ، وقد أيد هذا المذهب فى فرنسا الفقيه سالى Salelle ولذلك يطلق عليها البعض نظرية سالى ، مشار إلى هذا الرأى بالتفصيل عند د / محمد شريف : **المرجع السابق**، ص ١٨٧ .

ودور الشارع فى نظر هذه المدرسة ترتيباً على ما تقدم هو دور كاشف لقواعد موجودة وسائدة من قبل، ولذا فإن القيمة التى تحظى بها إرادة الشارع تتمثل فى التعبير عن القواعد التى خلقها المجتمع. ومن ثم فإن النصوص التشريعية تنفصل عن إرادة واضعها ويكون لها مضمون مستقل عن إرادة الشارع يتعلق بالحياة الاجتماعية، ويتغير معناها تبعاً لتغير الظروف الاجتماعية[١]، وطالما أن القانون ليس تعبيراً عن إرادة واضعه مشرعاً أو حاكماً، فإن العرف هو الشكل الأصدق للقانون لدى أنصار هذه المدرسة لأنه تعبير مباشر عن ضمير الجماعة خلافاً للتشريع الذى بعد تعبيراً غير مباشر عن ضميرها[٢].

وتذهب هذه المدرسة إلى أنه لا يوجد قانون طبيعى ثابت لا يتغير. وذلك للارتباط الوثيق بين القانون والبيئة التى ينشأ فيها ويطورها ويختلف كذلك باختلاف الشعب الذى يصدر فيه، بل إن قانون الشعب الواحد يختلف من عصر إلى أخر[٣] .

---

[١] د/ منصور مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٥١ .

– د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٧٥٣.

[٢] د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص١٣ .

[٣] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤٠ .

المطلب الثانى
أسلوب المدرسة التاريخية فى التفسير

يمكن أن نقول إجمالاً بأنه حينما[1] يكون النص غامضاً ينبغى إلا نبحث عن ما كانت عليه إرادة واضــع هذا النص، وإنما يجب أن نتســاءل مع فقهاء هذه المدرســة عن ما ينبغى أن يكون عليه هذا النص أن كان سـيوضـع الآن، وذلك ترتيباً على ما سبق ذكره من أن النص عند أنصـار هذه المدرسـة ينفصـل عن إرادة واضـعه عقب صـدوره، ويصـبح له كيان مسـتقل، والمعنى الذى يؤخذ به ليس هو إرادة الشــارع عند وضــع النص، وإنما هو معنى النص عند التطبيق، أى أنه يجب البحث عن الإرادة التى كان الشــارع يتجه إليها لو أنه قام بوضــع هذا النص فى الظروف الجديدة التى تحيط بالنزاع المعروض على القاضــى، وهو ما يطلق عليه اللجوء إلى النية المحتملة للشارع.

إن الفكرة الأسـاسـية فى فقه هذه المدرسـة التى أنشـأها فى ألمانيا "سـافينى" و"فيختا" هى أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة[2]. أما التشريع فلا يعدو أن يكون تعبيراً عن هذه الروح، وليس عملاً إرادياً صادر عن المشرع، تتحد قيمته بالقدر الذى يعبر به عن الشعور العام[3]. ومن ثم فإن تفسير التشـريع لا ينبغى أن يكون تفسيراً لإرادة المشـرع بل يجب أن يسـتقل التشـريع عن المشرع، ويعيش حياته المستقلة فى الجماعة ذاتها، ويخضع فى تفسيره لكل التطورات التى تحدث داخل الجماعة[4].

وباختصــار، فإن التفســير الذى يتبناه القاضــى ينبغى أن يكون تاريخياً بأن يرجع القاضــى إلى التأريخ، وإلى الظروف الاجتماعية التى عاصــرت ســن

---

[1] د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص١٣ .
- د/ منصور مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٥١ .
- د/ حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٤٠٩ .
- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤٢ .

[2] W.Frindmann. London, ١٩٤٧, p.١١٩.

[3] جنى الفقرة ٩٧ .

[4] د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص ٧٥٣ .

القواعد القانونية، لكى يمكنه أن يكتشف ما يبتغيه المشرع، وأن يكون تطويراً، بحيث يجعل قواعد القانون متطورة فى الاتجاه الذى يهدف إليه المجتمع ذاته[1].

إن النص التشريعى ينبغى أن ينظر إليه ككائن معزول عن مصدره المباشر، يخضع لقانون التطور وللمحيط الاجتماعى، وينفصل عن عقل المشرع بعد سنه ليبدأ حياة مستقلة[2]. ولذلك يجب أن يفسر لا وفقاً لنية من وضعه ولكن وفقاً لما تقتضيه الظروف، أى وفقاً للإرادة التى كان المشرع يعبر عنها لو أنه وجد فى الظروف المحيطة بالفقيه أو القاضى وقت ركونه إلى التفسير.

المطلب الثالث

تقدير أسلوب المدرسة التاريخية

يؤخذ على هذه المدرسة أن الأخذ بالنية المحتملة للشارع يعد تعديلاً للنصوص أو إلغاءً لها، كما يرى جانب من الفقه[3] هو ما يعد لقواعد قانونية جديدة ، وبذلك فإن المفسر يغتصب دور الشارع. إلا إننا لا نؤيد هذا الرأى بصفة مطلقة ما دام أن الإرادة المحتملة المقول بها لا تخرج عن المنهج اللغوى والمنهج المنطقى وقواعدهما المتفق عليها، كما يأخذ بعض الفقهاء على هذه المدرسة أن القانون لا يكون ثمرة كفاح الشعب ونضاله الفكرى، كما تؤسس هذه المدرسة فكرتها عن أصل القانون، وهذا القول يصعب التسليم به، ذلك لأن معناه أن القانون سينشأ دون تدخل الإرادة الإنسانية، وينساب مع انسياب المجتمع، ويتطور مع تطور تلقائياً، وبهذا لا يكون لدى هذه المؤسسة سوى شكل واحد للقاعدة القانونية هو العرف، وما عدا ذلك فلا يمكن اعتباره قانوناً وفقاً لوجهة نظرها .

وإذا كان التشريع هو الشكل الغالب للقانون فى المجتمعات الحديثة، وأنه يأخذ أحياناً من العرف، وأحياناً أخرى كثيرة يضيف، أى العرف، مجهودات

---

[1] د/ ثروت أنيس الأسيوطى : التيارات المعاصرة فى فلسفة القانون فى مصر ، ترجمة د/ محمد ظاهر معروف ، **مجلة القضاء العراقية** ، سنة ٢٥ ، العدد الثالث ، ص ١٣٦.

[2] جنى الفقرة ٩٧ .

[3] د/ محمد سليم العوا تفسير النصوص الجنائية : **المرجع السابق** ، ص٧٨ .

- د/ حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٤٠٩ .
- د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص١٤
- د/ صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤١ .

وتطورات القانون فى مجتمعات وشـــعوب أخرى، ويســـتفيد بذلك منها قبل أن تشكل عرفاً فى المجتمع الذى يصدر فيه، فإن ذلك يدل على عدم صحة ما ذهبت إليه هذه المدرســـة، ونحن نؤيد هذا الرأى، وأنه فى كثير من الأحيان فى ظل التشـريعات الحديثة يقوم بتوجيه المجتمع، ويخالف الأعراف السـائدة فى سـبيل الوصـول إلى تكوين أعراف جديدة أكثر إصـلاحاً من وجهة نظر واضـعيه الذين يفترض أنهم يمثلون الأمة[1].

كما يؤخذ على هذه المدرســـة أن فكرة الضـــمير الجماعى فكرة مجازية تتناقض مع أسلوب وأفكار المدرسـة ذاتها باعتبارها مدرسـة واقعية، ويسـايرها بنفس المنطق المدرســـة الوضـــعية فى القانون الجنائى، فإذا قيل أن الضـــمير الجماعى هو ضـــمير كل فرد من أفراد المجتمع، فإن هذا لا يؤدى إلى انســياب القانون فى هدوء كما تزعم هذه المدرسـة، فلا مفر من الصـراع بين المصـالح المتعارضـــة، ولا مفر من تغليب أحدهما فى النهاية، أما إذا كان الضـــمير الجماعى فكرة تتصـــل بالمشـــاعر الطبيعية لدى كل إنســـان، بحيث تتطابق مع العقل والحس الإنســـانى، فهنا نخرج من الواقع إلى المثال، وندخل فى مجال المدرســة التقليدية الســابق الحديث عنها، وهو ما لا يقول به أنصــار المدرســة التاريخية والمدرسة الوضعية.

والواقع أن المدرســـة التاريخية فى التفســـير يقابلها المدرســـة الواقعية فى القانون الجنائى، أو يمكن اعتبارها رافدا منها تمثل الطرف الآخر من المبالغة التى ترددت فيها المدرســـة التقليدية، كما يذهب فرق من الفقه بحق، إذ بينما ذهبت الأخيرة إلى أن القانون تطبيق للمثل الأعلى فى العدل، ويتضـــمن قانون ثابت خالد مقدس قررت المدرســـة التاريخية أن القانون نتاج الجماعة، وتعبير عن واقعها بما تضـمنه من حسـنات وسـيئات، وبذلك يتجرد القانون عندها من المثالية.

والحق أن القـانون فى النهـايـة هو مزاج الواقع، والمثـال خليط من التجربـة والفكر وليد التطور والإرادة معاً؛ لأنه يحمل خصـــائص الإنســـان الذى ينظم القانون حياته فى المجتمع والإنسان مزاج من المادة والفكر[2].

كما يعاب على المدرســـة ما تذهب إليه من أن القانون يوجد وينمو ويتطور وفقاً لتطور الجماعة وحاجاتها دون أعمال تطلب التفكير الإنسـانى، متجسـدا فى وظيفة المشـــرع باعتباره ممثل الأمة، ودوره فى القيام بالإصـــلاح القانونى، وتوجيه المجتمع من خلال التشـريعات، إذ لا يمكن قيام القانون بإصـلاح نفسـه،

---

[1] د/ جلال ثروت : **مشكلة المنهج فى قانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص١٤٠ ، ١٤٣ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

كما أنه لما كان القانون فى منطق هذه المدرسة مستوحى من ضمير الأمة التى يطبق عليها، ويترتب عليه تطبيق بعض الأمم على غيرها، بل يسعى المشرع الحديث إلى معرفة الحلول التشريعية فى الأنظمة القانونية المختلفة وصولاً إلى حل يتواءم ويتلاءم مع ظروف المجتمع الذى يوضع فيه التشريع[1].

وقد أخذ جانب من الفقه على هذه المدرسة مجافاة مبادئها للمبادئ الدستورية المستقرة، بذلك أنها تناقض مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تبيح للقاضى تحت شعار التفسير أن يخلق قواعد قانونية جديدة، أو أن يعدل من القواعد القائمة استناداً إلى النية المحتملة للشارع التى تأخذ بها هذه المدرسة[2].

ونحن نرى أن هذا المأخذ لا يمكن قبوله بهذه الصورة المطلقة، بل لأن من تفصيله والتعليق عليه لأهميته بالنسبة لموضوع التفسير القضائى بصفة خاصة، ولتعلقه بجوهر عملية التفسير بصفة عامة، ومن ثم نقول أن أنصار هذا الرأى يقررون أن التعويل على الإرادة المحتملة للشارع تؤدى إلى عدم استقرار القاعدة القانونية، وبالتالى إلى تعدد التفسيرات للقاعدة الواحدة، مما يؤدى إلى تباين الحلول القانونية للمسائل المتماثلة، فضلاً عما يؤدى إليه ذلك من حرمان المخاطبين بالقاعدة القانونية كم حقهم فى معرفة النص الذى سيطبق على النزاع القائم بينهم، وإذا كان هذا العيب كما يقرر الفقه هو[3]عيب عام بالنسبة لسائر فروع القانون، فإنه فى القانون الجنائى مثل خطراً جسيماً، ذلك أن القانون يمس حرية الأفراد وأمنهم، وترتب على هذا النظر هدم المبدأ الأساسى الذى يقوم عليه القانون الجنائى فى مجال التجريم والعقاب وهو مبدأ الشرعية .

ويلاحظ أن تعدد التفاسير للقاعدة الواحدة أمر وارد حتى فى حالة عدم الأخذ بفكرة الإرادة المحتملة، كما أن مسألة غموض النصوص ووضوحها من الأمور النسبية، والتى يجمع الفقه على عدم ارتباطها، وما يترتب عليها من اختيار لأسلوب التفسير بموضوعها مبدأ الشرعية، اللهم إلا باعتباره ضابطاً عاماً يحكم عملية التفسير[4].

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

[2] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤٢، ١٤٤

[3] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، **ص**

د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٧٨ ، ٧٩ .

[4] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

ولذلك فنحن نرى مع جانب من فقهاء القانون الجنائى[1] أنه للتخلص من العيب السـابق، بعد تحديده فى إطار الملاحظات السـالفة، فإنه يجب الاعتداد بإرادة النص، ويقصـد بذلك تطبيق حكمه على كل ما يتناوله اللفظ أو المضـمون المنطقى للنص من فروض ووقائع سـواءً كانت هذه الفروض مقصـودة عند النص أم كان لا يمكن تصورها حين ذاك، ففى مجال تطبيق النصوص الجنائية يجب أن يشمل التجريم والعقاب كل سلوك يتناوله النص، ولو كان هذا السلوك من نوع لم يكن متصـوراً حدوثه عند وضـع النص التجريمى. وليس معنى ذلك خلق إرادة جديدة كلما وجدت صـورة من الصـور العملية التى لم تكن موجودة وقت وضع النص، وإنما المقصود إعمال النص إلى المدى الذى يصل إليه معناه مادام ذلك متاحاً فى ظل التفسير الصحيح لا ألفاظ النص[2].

والراجح أن هذا الضابط يتمثل فى المصلحة الاجتماعية التى قصد الشارع حمايتها عن طريق تجريم الأفعال التى تمسـها. فقد تتعدد الأسباب والسبل التى يبتدعها المجرمون للاعتداء على مصـلحة معينة إلا أن هذه المصـلحة تظل كما هى دون تغير أو تعديل اللهم إلا إذا فقدت قيمتها، وهنا يتدخل الشـارع بإصـدار ما يفيد هجرها . ونحن نؤيد هذا الرأى، وسـنعود لتفصـيل هذه الجزئية فى الموضع المناسب من هذه الدراسة[3].

وأخيراً فإنه من المناسـب أن نذكر للمدرسـة التاريخية أنها أضـفت على النصوص التشريعية مرونة بحيث تتمشى مع تطور المجتمع وتغيره وفقاً لتغير الظروف الاجتماعية . وتتميز أيضـاً بأنها قد نفت عن التشـريع كونه تعبيراً عن إرادة الحاكم أو واضـعه، حيث تذهب إلى أن القانون تعبير عن روح الشعب أو الضـمير الجماعى[4]. ويرجع إليها الفضـل فى التنبيه إلى فسـاد فكرة القانون الطبيعى بمعنى وجود مجموعة من القواعد المحددة والتى لا تختلف باختلاف الأمم والعصور.

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ١٥٥ .

[2] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص٧٨ .

– د/ حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٤٠٩ .

[3] – د/ منصور مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٣٥١ .

[4] – د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤١ .

– د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص١٤ .

المطلب الرابع

مدى بروز عناصر المدرسة التاريخية فى الفقه الإسلامى

من المعلوم أن فكرة فصل النصوص الشرعية عن إرادة الشارع، وربطها بالظروف والعوامل المتغيرة ليس لها محل فى جميع الاتجاهات الفقهية الإسلامية، سواء كانت مما تعنى بالعبادات التى لا مجال للعقل فى فهم حكمها ومصالحها كاملة، أو بقواعد السلوك الاجتماعى أى بالمعاملات والسياسات الدنيوية التى يفهم العقل أغلب معانيها ومقاصدها ومصالحها.

يؤكد ذلك قوله تعالى "**لا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ**"[١]، إلا أن الشريعة الإسلامية أفسحت المجال لعوامل التطور لتلعب دورها فى دائرة المعاملات والسياسات الدنيوية.

وتفصيل ذلك أنه لما كانت الشريعة عامة وخالدة فى الزمان والمكان؛ فإن الإسلام نزل بنوعين من الأحكام التشريعية فى نوعين من المسائل، هما: مسائل لا تتأثر باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات والعادات، ولذلك نزلت أحكامها محددة فى القرآن الكريم، وكلف الرسول بوحى من ربه أن يفصل للناس هذه الأحكام العامة. وفى هذا المعنى يقول الله تعالى "**وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ**"[٢]، والأحكام الشرعية فى هذا النوع الثابت من المسائل سميت بالأحكام القطعية ومنها أحكام العقائد والوجدان والعبادات.

ومسائل أخرى من شأنها أن تتأثر بظروف الزمان والمكان، وتختلف باختلاف البيئة والأوضاع، وبحسب ما تدعو إليه المصلحة فى كل منها. وقد اكتفت الشريعة الإسلامية فى هذا النوع من المسائل بوضع القواعد الكلية العامة المرنة، تاركة بيان الأحكام الفرعية إلى الرأى واجتهاد العقل البشرى.

ومن المعلوم أن المصدر الأول والأساس للشريعة الإسلامية هو القرآن الكريم الذى تناول بيان أغلب الأحكام الواردة بصورة إجمالية دون التصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلاً. فقد ورد فيه مثلاً الأمر بالصلاة والزكاة مجملاً، ولم يفصل كيفيتها ولا مقاديرها، بل فصلتها السنة المطهرة. وأوجب القرآن الكريم مثلاً الشورى فى تصريف الشئون تاركاً تحديدها لظروف الزمان والمكان. كما أوجب إقامة العدل بين الناس بنصوص عامة، ولم يحدد طريقة القضاء.

---

[١] سورة فصلت ، الآية رقم ٤٢ .

[٢] سورة النحل ، الآية رقم ٤٤.

المبحث الثالث

المدرسة العلمية

تقوم هذه المدرسة على المبادئ والأسس التى أرساها العلامة الفرنسى "جينى" الذى أصدر مؤلفين يحتويان على هذه المبادئ، ومنهجه المنبثق عنها فى التفسير الأول عام ١٨٩٩، ويحمل عنوان طرق تفسير القانون الوضعى الخاص ومصادره، وأما المؤلف الآخر فعنوانه العلم والفن فى القانون الوضعى الخاص ١٩٢٤.

وفى هذا المبحث نعرض أربعة مطالب كالتالى، المطلب الأول ونتناول نظرة جينى إلى أصل القانون، من خلال، أولاً: حقائق واقعية أو طبيعية، ثانياً : الحقائق التاريخية، ثالثاً: الحقائق العقلية، رابعاً: الحقائق المثالية، أما المطلب الثانى فيعرض أسلوب المدرسة العلمية فى التفسير، والمطلب الثالث يبحث فى تقدير أسلوب المدرسة العلمية فى التفسير، والانتقادات الموجهة إليها، وأخيراً المطلب الرابع، ويعرض مدى التقارب بين تعاليم المدرسة العلمية وقواعد التفسير فى الفقه الإسلامى. أى مدى بروز عناصر مذهب البحث العلمى الحر فى الفقه الإسلامى[1].

---

[1] راجع بشأن المدرسة العلمية المؤلفات الآتية :

- Geny (f) : methodes d interpertation et saurces en droit prive positive . et science et technique en droit prive positif .
- Ja cques chstiv et gilles goubeaux , op. Cit .p. ٥٨ . ٦١.
- Paul vander eycken , op . cit. P. ٣٦٩ et . ss.
- د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص ٣٤٢ .
- د/ أحمد حشمت أبو ستيت السابق : **المرجع السابق** ، ص٢٠٣ .
- د/ محمد على عرفه : **المرجع السابق** ، ص٢٢١ ، ٢٢٧ .
- د/ منصور مصطفى منصور : **المرجع السابق** ، ص٢٥٢ .
- د/ هشام القاسم : **المرجع السابق** ، ص١٥٤ .
- د/ انطوان قسيس : **المرجع السابق** ، ص٢٦١.
- د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص٧٥٥، ٧٥٦ .
- د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص١٦: ٢٠ .
- د/ حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص٤١١، ٤١٢ .
- د/ جميل الشرقاوى : **المرجع السابق** ، ص٢١٤ .
- د/ توفيق فرج : **المرجع السابق** ، ص١٥٨ .

المطلب الأول

نظرة جينى إلى أصل القانون

كما سبق القول فى أن نظرة الفقه وفلسفته بالنسبة إلى أصل القانون تؤدى به إلى مذهب معين يعتنقه إما شخصياً أو موضوعياً، ومن ثم، ينتهى به المطاف إلى أسلوب معين فى التفسير يعتنقه إما شخصياً أو موضوعياً، وهو مضمون المدرسة التى يتبعها.

أما عن جينى فقد اشتملت نظريته إلى أصل القانون على عناصر ذات طبيعة شخصية وأخرى موضوعية، مما حدا بالبعض إلى الإشارة إلى التشابه بين نظرة جين والنظرة السائدة فى الفقه الإسلامى[1].

إن جوهر القانون لدى الفقيه "جينى" يتمثل فى المصادر الموضوعية للقاعدة القانونية التى يجب صياغتها بشكل معين تخاطب به الكافة، والمصادر الموضوعية للقاعدة القانونية تبدو عند "جينى" فى أربعة حقائق:

أولاً : حقائق واقعية أو طبيعية :

وهى عبارة عن المحيط على العوامل المادية، وكذلك الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، فضلاً عن العوامل النابعة من طبيعة الإنسان ذاته التى تميزه عن غيره من سائر المخلوقات كالحالة النفسية، والأخلاق السائدة والمعتقدات الدينية[2].

ثانياً : الحقائق التاريخية :

تشمل دراسة المراحل التى مرت بها النظم القانونية المختلفة، وهى تخضع للتجربة والمشاهدة، ولذلك فإنها تعد من الحقائق العلمية، ومن أمثلة ذلك تطور نظام الملكية من الملكية المشتركة إلى الملكية الفردية وتطور نظام الأسرة إلى

- د/ نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢٦٢.
- د/ عبد الفتاح عبد الباقى : **المرجع السابق** ، ص٣٥٤ .
- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٤٦ - ١٦٠ .

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص١٤٧، ١٤٨.

- د/ ثروت أنيس الأسيوطى : **المرجع السابق** ، ص٨١.
- Geny (F) science et technique en droit prive positife , t. I . no ١٦٧ . p. ٣٧١

[2] د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص١٤٢ .

عدة مراحل وغير ذلك[1]، ويجب الاعتداد بالسوابق التاريخية عند وضع مجموعات القوانين ، وكذلك عند إصلاح المجموعات القائمة بإضافة تعديلات إليها[2].

ثالثاً : الحقائق العقلية :

وثالث أنواع الحقائق التى تفضى بنا إلى معرفة أصل القانون عند "جينى" هى الحقائق العقلية ، وتتمثل هذه الحقائق فى الدور الذى يقوم به العقل عند استخلاصه للقواعد القانونية المعطيات الطبيعية، ويذهب فريق من الفقه إلى أن هذا النوع من الحقائق أقرب ما يكون إلى القانون الطبيعى، بينما يرى "جينى" أم هذه الحقائق لها صفة علمية ذلك أن العقل يملك وسائل خاصة للمعرفة[3].

رابعاً : الحقائق المثالية :

وهى عبارة عن الآمال والأمانى التى تحاول الجماعة تحقيقها باعتبارها مثلا عليا تستهدف الوصول بالنظام القانونى إلى درجة كبيرة من الكمال البشرى، ويحدد هذه الأمانى مستوى المدينة داخل الجماعة، والفقه يضرب مثالا على ذلك بالزواج، وما إذا كان النظام القانونى سيأخذ بفكرة الزوجة الواحدة أو بفكرة تعدد الزوجات ، وكذلك الأمر بالنسبة للطلاق يذهب "جينى" إلى أنه إذا كانت الحقائق المثالية لا تتصف بالصفة العلمية البحتة، إلا أن لها سمة موضوعية، وتساهم فى تطور[4]القانون داخل الجماعة البشرية، وقد كان إلغاء الرق ثمرة من ثمار المثالية فى القانون الوضعى .

المطلب الثانى

أسلوب المدرسة العلمية فى التفسير

وبتبيان مضمون هذه الحقائق الأربع التى يؤسس عليها "جينى" نظرته إلى أصل القانون، يبين لنا أن هذه المدرسة أسلوبها فى التفسير يقوم أساساً على أنها لا تقصر القانون على التشريع فقط، بل ترى أنه يشتمل على المصادر الأخرى

---

[1] د/ ثروت أنيس الأسيوطى : **المرجع السابق** ، ص ٨١ .

- د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٤.

[2] Geny (F) science et technique . op . cit no ١٦٩ .p. ٣٧٥

[3] Geny (F) science et technique . op . cit no ١٦٩ .p. ٣٨٠

[4] Geny (F) science et technique . op . cit T . II no ١٧٠ – ٣٨٤

كالعرف. وتختلف طريقة التفســير تبعاً لنظرية "جينى" فى حالة وجود النص عنها فى حالة افتقاده، ففى الحالة الأولى ترى هذه المدرســة أن يقتصــر دور المفسر على التوصل إلى الإرادة الحقيقية للشارع عند وضع النص، وبذلك يتفق منهج هذه المدرســة مع منهج مدرســة الشــرح على المتون فى هذا الصــدد، وينسحب عليها من الانتقادات ما سبق ذكرها هناك.

أما التفســير فى حالة غياب النص، فإن "جينى" يرى أنه يتعين أن يلجأ القاضى إلى المصادر الأخرى مثل العرف، وفى القانون المصرى مثلاً تعد كل من الشــريعة الإســلامية، ومبادئ القانون الطبيعى، وقواعد العدالة مصــادر للقانون بجانب العرف، وأيضــاً فى القانون الجنائى، فإن المفســر للنصــوص المحتوية على قواعد استبعاد العقاب، وتخفيفه إذا لم تسعفه المصـادر الرسمية يلجأ إلى البحث العلمى الحر، وهذا البحث يكون حراً، لأنه لا يخضع لنشاط أى سلطة وضعية، كما أنه علمياً يستند إلى عوامل موضوعية مصدرها العلم.

وخلاصــة الأمر أن "جينى" يرى أن اجتهاد القاضــى بغية التوصــل إلى حل للمســألة المثارة[1] أمامه يشبه اجتهاد الشــارع عند وضــع القاعدة القانونية، وذلك مع الفارق الواضــح بين دور كل منهما، والقاضــى حينما يلجأ إلى البحث العلمى الحر، فإنه يرجع إلى المصــادر المادية والموضــوعية والقانونية، والتى تتمثل كما أســلفنا فى الحقائق الطبيعية والتاريخية والمثالية، فهو يعمل عقله للتوصــل عن طريق هذه الوسائل إلى الحلول المناسبة للمسألة المثارة[2].

---

١ Geny : methodes dinterpretation op[cit . t . II no ١٥٠. P. ٧٨

٢ Geny . Ibid no . ١٥٠ .p. ٧٧٠

المطلب الثالث

تقدير أسلوب المدرسة العلمية فى التفسير

لا شك أن المدرسة العلمية قد سلكت طريقاً وسطاً بين تطرف مدرسة الشرح على المتون وبين تطرف المدرسة التاريخية، فلم تهمل إرادة المشرع الحقيقية، وفى الوقت نفسه أقامت لغير التشريع وزناً فى أن يكون مصدراً من مصادر القانون، وبعد ذلك كله لم تقف دون مرونة القانون وقدرته على مواجهة الحياة، دون أن يؤدى ذلك إلى الفوضى كما فعلت المدرسة التاريخية.

ومن المزايا التى يسوقها الفقه لهذه المدرسة أنها تجمع بين مزايا المدرستين التقليدية والتاريخية، فتأخذ من كل منهما القدر الذى تراه صحيحاً، فتأخذ من الأولى ميزة البحث عن إرادة الشارع الحقيقية، كما أنه يتجنب ما وجه إلى المدرسة الثانية من نقد بصدد اعتمادها على الإرادة المحتملة للشارع عند عدم وجود النص.

على أن جانباً من الفقه يرى[1] أن هذا الرأى يحتاج إلى تمحيص، ذلك بأن الأخذ بالإرادة الحقيقية للشارع وقت وضع النص أمر منتقد كما سبق وأوضحنا، ومن المزايا المنسوبة لهذا المذهب أنه لم يعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون، كما ذهبت إلى ذلك مدرسة الشرح على المتون، بل أنه أجاز اللجوء إلى العرف باعتباره مصدراً احتياطياً فى حالة نقص التشريع.

ويمتاز مذهب "جينى" بالإضافة إلى ذلك أنه أجاز اللجوء إلى القياس فى مجال القانون الخاص باعتباره وسيلة من وسائل البحث العلمى الحر، كما يذهب إلى أنه فى الحالات التى لا يوجد فيها نص أو عرف يمكن تطبيقه، ولو عن طريق القياس فإنه يجب الرجوع إلى المصادر الموضوعية للقانون المتمثلة فى الحقائق الطبيعية والتاريخية والمثالية، واتباع منهج البحث العلمى، وهو ما يعنى أنه فى حالة تخلف الشكل يمكن اللجوء إلى الجوهر[2].

إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية ما أخذ على نظرية مدرسة الشرح على المتون فى التفسير، وهو أن هدف التفسير لديها العثور على الإرادة الحقيقية للشارع عند وضعه للنص القانونى، غير أن موضوع التفسير عند التحقيق ليس البحث عن إرادة الشارع أو العثور على قصده فقط، بل أن موضوع التفسير،

---

[1] - د / عبد الرزاق السنهورى : **أصول القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٥ .

- د/ ثروت أنيس الأسيوطى : **المرجع السابق** ، ص ٨٢ .

[2] د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٥٨ ، ١٥٩ .

وكما يرى جانب من الفقه بحق، هو استخلاص المصلحة المحمية، وبذلك يكون معيار التفسير موضوعى وليس شخصى .

ويؤخذ عليها أيضاً أن البحث العلمى الحر لم يكن علميا عند "جينى"، إذ أنه لا يعتمد على استقراء الظواهر بل أنه منهج شكلى يستند إلى المنطق الصورى، ويستنتج الأحكام من قواعد القانون الطبيعى، كما لم يكن بحثاً حراً يهدف إلى تطوير القانون الوضعى بل كان جهدا مقيداً لآراء فقهاء القانون الطبيعى.

وقد رفض "جينى" الاعتداد بملائمة القانون للواقع الاجتماعى[1]، وذهب إلى أنه لا يجوز التمسك بملاءمة القانون لظروف الحياة، إذا كان ذلك يخالف منطق القواعد القانونية، دون أن يميز بين ما إذا كانت تلك الملاءمة ناجمة عن المصادر الشكلية أو البحث العلمى الحر، وما لم تكن ثمة إشارة صريحة أو ضمنية أو تقضى بذلك طبيعة الأشياء.

كما يؤخذ على "جينى" أنه أنكر على القانون الحاجة إلى التطوير، فتمسك بضرورة التفسير التشريعى وفقاً للظروف السائدة لحظة إصداره، إلا أن تكون هناك إحالة صريحة إلى القاضى مثل تحديد مقومات النظام العام. ومن ثم لم يهتم بتطوير القانون .

والخلاصة أن جينى أبقى على عيوب مدرسة الشرح على المتون عندما قرر الرجوع إلى الإرادة الحقيقية للشارع عند وضع النص، كما أنه فى البحث العلمى الحر لم يحدد منهجاً واضحاً، ولم يضع معياراً منضبطاً يعين المفسر للتوصل إلى معنى النص، أو يحول دون سقوط القاضى فى بؤرة الخطأ.

ويرى جانب من الفقه أنه[2] تخريجاً على مذهب "جينى"، فإن القاضى يقوم بعمل تشريعى مثله تماماً مثل المشرع، إذ أنه يخلق قواعد قانونية، ويترتب على ذلك أن القاضى يستطيع أن يضع قواعد قانونية مختلفة فى حالات مماثلة ليطبقها، وتختلف الحلول بالرغم من تماثل الحالات، إلا أن الراجح فقهاً أن دور القاضى عندما يقوم بالبحث العلمى الحر طبقاً لمنهج "جينى" يختلف عن دور الشارع، ذلك أن الشارع حين يلجأ إلى الحقائق الموضوعية يستقى منها القانون، وأنه يضع قواعد عامة مجردة تطبق على جميع الحالات المتماثلة، أما رجوع القاضى إلى هذه الحقائق، فالمقصود به هو استخلاص حل للنزاع المعروض عليه، وهو فى هذا الصدد لا يخلق قواعد قانونية جديدة، بل يستمد القواعد

---

[1] د/ ثروت أنيس الأسيوطى : **المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية** ، **المرجع السابق** ، ص٤١٢ .

[2] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٧٦ .

المطلوبة من مصادرها المسلم بها، وهذا هو جوهر عمل القاضى[1]. ونحن نؤيد هذا الرأى، فخلاصة الأمر بالنسبة لفلسفة هذه المدرسة فى التفسير أنها ترفع شعار حرية الاجتهاد[2]. ونحن نرى أن اتجاه المدرسة العلمية هو اتجاه وسط بين الاتجاهين المتطرفين لمدرسة الشرح على المتون، والمدرسة التاريخية "الاجتماعية".

ولقد بان لنا أن زعيم المدرسة العلمية أو "مدرسة البحث العلمى الحر" الفقيه الفرنسى "فرنسوا جينى" قد جعل الأساس الذى تقوم عليه هذه المدرسة فى التفسير، كما تبين لنا، هو الوقوف على إرادة المشرع، مع ملاحظة العوامل التى تتكون منها القاعدة القانونية.

ونلخص ما سلف من فكر هذه المدرسة فى أن التشريع عمل إرادى، فقد وضعه المشرع معبراً عن إرادته الواعية لتحقيق غاية معينة، ولذلك كان الواجب عند التفسير البحث عن إرادة المشرع، ولكن الإرادة التى يجب البحث عنها فى نظر "جينى" هى الإرادة الحقيقية وحدها وقت وضع التشريع دون ما تسميه مدرسة الشرح على المتون "الإرادة المفترضة" إذ لا يجوز فى نظر هذا الفقه أن نفترض أمراً، وننسبه من عند أنفسنا إلى الشارع، فإذا لم يوجد نص تشريعى يواجه الواقعة المعروضة لجأنا إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون ومن أهمها العرف. فإذا لم تسعف المصادر الرسمية بإيجاد الحل لا يبقى إلا ما يسميه "جينى" (البحث العلمى الحر)، أى الرجوع إلى جوهر القانون بحقائقه التى يتكون منها، وهى الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية، فهى التى يمكن أن يستلهم منها المفسر القاعدة قانونية عند افتقاده نص فى التشريع .

---

[1] Capitaut introduetion a l etude du droit civil ١٩٢١ no ٦٤ p١٠٢

- د / محمد محمد منصور سلطان ، **المرجع السابق** ، ص ١٢٥.

[2] د / عبد المنعم البدراوى : **المرجع السابق** ، ص ٤١٩ .

- د / حسن كيرة : **المرجع السابق** ، ص ، ٣٨٧ .

المطلب الرابع

مدى التقارب بين تعاليم المدرسة العلمية وقواعد التفسير في الفقه الإسلامى

(مدى بروز عناصر مذهب البحث العلمى الحر فى الفقه الإسلامى)

وقد عرضنا لهذه المدرسة ولمبادئها بشئ من التفصيل لقناعتنا بالتشابه الكبير بين مبادئها ومبادئ التفسير فى الفقه الإسلامى، ويمكن تخريج كافة ما يقول به هذا الفقيه فى شأن فكرة البحث العلمى الحر من القواعد المحررة فى كتب الأصول، وهو ما سنتعرض له فى الموضع المناسب من هذه الدراسة، ويرى كثير من الفقهاء أن هناك تشابهاً كبيراً بين تعاليم هذه المدرسة، ومدرسة الرأى فى الفقه الاسلامى[1].

ونود[2] أن نضيف أنه من الطريف أن تعاليم هذه المدرسة الخاصة بوجوب احترام إرادة المشرع والبحث عنها دون غيرها والمتشابهة فى تلك الجزئية مع مبادئ مدرسة الشرح على المتون، وهى كما أسلفنا محل انتقادات واسعة لما تؤدى إليه من الجمود، إلا أنها تتطابق فى هذا الشأن مع القواعد الأصولية الشرعية، غير أن الأخيرة لا ينطبق عليها المأخذ المذكور، إذ بينما يؤدى البحث عن إرادة الشارع الوضعى إلى جمود التشريع، فإن الالتزام بإرادة المشرع الحكيم الأعلى جل شأنه تؤدى إلى المرونة المبهرة والمحيرة للعقول للتشريع الإسلامى.

لا شك أن لكل عصر ومرحلة من مراحل تطور المجتمع طريقة معينة فى التفكير طبقاً للمستوى الحضارى القائم والقيم السائدة. ومن ثم لا يمكن أن نجد فى العصور الإسلامية الأولى من يتكلم عن العناصر الواقعية التجريبية، والعناصر المثالية والعقلية وغير ذلك. وذلك لأنها مصطلحات عبرت عن أفكار جديدة. ولكننا إذا اتسمنا بالنظرة الموضوعية فى دراسة أسلوب وطريقة جنى فى التوصل إلى الحكم القانونى، وقارنا بينهما وبين نهج الفقه الإسلامى، أمكننا القول أن جنى يقر ما أقره الفقه الإسلامى من تقبل العرف والإجماع والاجتهاد بالرأى[3].

---

[1] د / عبد الرازق السنهورى : **أصول القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٩٥ .

[2] د / حسن بغدادى : **المرجع السابق** ، ص ٤٠٨ .

[3] د / محمد شريف محمد : **المرجع السابق** ، ص ٣٦٩ .

ولوضوح هذا التقارب رأى "لامبير" أن ما يشير به الفقيه الفرنسى جنى من وجوب استنباط الأحكام القانونية من طريق البحث العلمى الحر هو ما سار عليه فعلاً الإمام أبو حنيفة رضى الله عنه، فى استنباط الأحكام الشرعية[1] وأما وجه التقارب فيبدو فى أن جنى أطلق حرية القاضى فى حالة تهيمن على الإرادة البشرية فى وضع أحكام القانون، وواضح أن القرآن الكريم والسنة الشريفة لم يعالجا بصورة تفصيلية جميع الأمور المتعلقة بالعلاقات البشرية الاجتماعية، وإنما قدماً الأسس العامة والخطوط العريضة التى تجب مراعاتها فى كل قضية وكل زمان، ومن ذلك قوله تعالى "**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ**"[2]، وقوله سبحانه "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**"[3]، ومن ذلك أيضاً الحديث النبوى "لا ضرر ولا ضرار"، وحيثما لا يجد القاضى نصاً يحكم الواقعة المطروحة يلجأ إلى الاجتهاد فى ضوء هذه الموجهات العامة ومقاصد الشريعة التى تنير له السبيل .

وليس هذا هو وجه التقارب وحده، فقد أشرنا من قبل إلى أن كلام جنى على طبيعة الأشياء، ودورها فى تحديد الحكم القانونى لا يختلف كثيراً عن آراء المعتزلة فى الحكم بذاتية الحسن والقبح، وبأن كل فعل يحمل فى ذاته حكماً له أو عليه[4].

الفصل الخامس

فكرة التعارض وحلولها بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية

وتطبيقات القضاء المصرى عليها فى ضوء المبادئ المستقاة من مدارس التفسير ومذاهبه

---

[1] المرجع السابق مباشرة ، نفس الصفحة .

[2] سورة النحل: من الآية ٩٠

[3] سورة المائدة: من الآية ١

[4] راجع فى تلخيص آراء المعتزلة فى هذا الصدد مقدمة ابن خلدون، طبعة دار الشعب ، **المرجع السابق**،ص٧٥.

يتناول هذا الفصـــل فكرة التعارض وحلولها بين النصـــوص الشـــرعية والنصـــوص القانونية، وتطبيقات القضـــاء المصـــرى عليها فى ضـــوء المبادئ المستقاة من مدارس التفسير ومذاهبه من خلال:

أولاً : الجمع والتوفيق بين النصوص لحل التعارض.

ثانياً : الترجيح بين النصـوص عند نشـوب التعارض بينها الوسـائل الأصـولية اللغوية والمنطقية لإنفاذ الترجيح بين النصـوص، والمتضـمنة كل من: ترجيح النص على الظاهر، ترجيح المفسـر على النص، ترجيح المحكم على ما سـواه من ظاهر أو نص مفسـر، ترجيح الحكم الثابت بعبارة النص على الحكم الثابت بإشـارته، ترجيح الثابت بإشـارة النص على الثابت بدلالته، ترجيح دلالة المنطوق على المفهوم، ترجيح المصـالح الضـرورية على المسـائل الحاجية، وترجيح المصـالح الحاجية على التحسينية عند التعارض.

ثالثاً : النسـخ كحل نهائى فى حالات التعارض المسـتعصـى على الجمع أو الترجيح، مع بيان رأينا فى هذا الموضوع متضمناً بيان مدى مشروعية التفسير القضائى المستند إلى إعمال النسخ كوسيلة تفسير.

المبحث الأول

مدلول التعارض بين النصوص المتعلق بنظرية التفسير

تعد الاستعانة بصلة النص الجنائى بقواعد القانون الجنائى وقواعد فروع القانون الأخرى من بين أدوات المنهج المنطقى فى التفسير. ويرجع ذلك إلى أنه رغم اختلاف فروع النظام القانونى فيما تحميه من أموال أو مصالح، فإنها تتعاون، وتتساند من أجل تحقيق الصالح العام الذى يتغياه النظام القانونى من حيث هو إطار شامل لقواعد تنظيم العلاقات الاجتماعية. وعلى ذلك يتعين علينا اطراح كل تفسير يؤدى القول به إلى نسبة التناقض أو التضارب إلى نصوص القانون منظوراً إليها فى ضوء وحدة وشمول النظام القانونى وتكامله.

وعلى ذلك يبدو لنا أن العامل التنسيقى بما يعنيه من جمع وتوفيق بين النصوص بضوابط محددة، هو الحل الذى يقدمه علم التفسير للقاضى والفقيه لكى يتمكن من أداء مهمته على الوجه الأمثل .

بيد أن استعمال هذه الوسيلة التفسيرية، أقصد العامل التنسيقى، يسبقه حتماً بيان نوع التعارض، وهل هو تعارض ظاهرى. ومن ثم إعمال وسائل التفسير المختلفة لإزالة وجه التعارض. وهنا يتجلى دور العامل التنسيقى كمحدد عام يتم فى إطاره إعمال المبادئ والقواعد التفسيرية المختلفة على النصوص المتشابكة، فينفض التشابك ويضحى التعارض الموهوم عدماً.

ولكن فى كثير من الأحيان يجد المفسر قاضياً كان أم فقيهاً أنه أمام تعارض حقيقى يستعصى على الجمع والتوفيق، وهنا لا يسعفه استخدام العامل التنسيقى لتفسير مجموعة النصوص المعروضة عليه، والتى يفضى إعمال كل منها إلى حكم مغاير لما يفضى إليه الآخر. وهنا ينتقل القاضى أو الفقيه إلى المرحلة التالية فى حل التعارض وفض الاشتباك المستحكم بين النصوص التى تعالج أو تتعرض لذات المسألة المطروحة عليه، وتلك المرحلة تتمثل فى إعمال قواعد الترجيح بين تلك النصوص.

وأحياناً يخرج المفسر من هذه المرحلة كما دخل فيها من غير توصل إلى التفسير الذى ترتاح إليه نفسه بأنه التفسير المقرر لحقيقة المعنى المراد من النص، فلا يبقى فى حوزة المفسر إلا إعمال آخر أدوات إنهاء حالة التعارض المعيقة له عن إتمام مهمته فى تفسير النص المطروح تفسيراً صحيحاً، فيقوم بإعمال قواعد النسخ.

والملاحظة الجديرة بالذكر فى هذه المثابة أن التعارض متعلق بالنصوص مدلولاً ومفهوماً، ولذلك أردنا أن نضيف جديداً ببحث التعارض فى هذا الموضع لبيان الصلة الوطيدة بينه وبين إعمال العامل التنسيقى، والذى نحسبه من أهم

وسائل المنهج المنطقى فى التفسير من الوجهة القضائية، كما تنبئنا بذلك متابعة الأحكام القضائية الصادرة من محكمة النقض كما سيتضح لنا فى جنبات هذا البحث.

وبعد هذه الملاحظات المبدئية يجدر بنا أن نعرف التعارض، ونعرض لأحواله وحلوله بين الفقه الوضعى والشرعى .

التعارض لغة، التمانع، فتقول عرض لى كذا إذا استقبلك ما يمنعك مما قصدته. ومنه سمى السحاب عارضاً، لأنه يمنع شعاع الشمس وحرارتها من الاتصال بالأرض .

والتعارض فى اصطلاح الأصوليين أن يقتضى دليل شرعى حكماً معيناً، ويقتضى دليل أخر حكماً أخر فى نفس المسألة. فإن التعارض هو تقابل الدليلين. أو عبارة عن تناف فى مدلوليهما، والتعارض بهذا المعنى لا يمكن تصور وقوعه فى النصوص الشرعية، وفى ذلك يقول الأمام الغزالى"ولا يتصور التعارض فى القطعيات السمعية إلا أو يكون أحدهما ناسخاً"، ألا أنه إذا استحال وقوع التعارض فى واقع الأمر، فإنه لا يستحيل بالنسبة لأنظار المجتهدين . فقد يبدو لبعضهم أن بعض الأدلة يعارض بعضاً لقصور فى فهم المجتهد وضعف فى إدراكه، وعدم إحاطته بأدلة المسائل ووجوهها، فيكون التعارض ظاهرياً لا حقيقياً. وقد وضع الأصوليين قواعد وضوابط لإزالة هذا التعارض، سأحاول بيانها باختصار على الترتيب الواجب التزامه من المفسر عند مواجهته لحالة من حالات التعارض .

إن هذه الضوابط يمكن إيجازها فى **الأمور الآتية :**

أولاً : الجمع والتوفيق

ثانياً : الترجيح

ثالثاً : النسخ

ولأهمية هذه الضوابط فإننى سأقوم بإلقاء الضوء عليها بحسب الترتيب الذى أراه منطقياً مع الخطوات التى يجب أن يسير عليها القاضى أو الفقيه عندما يقابله معنى التعارض بين النصوص المعروضة عليه، أو مظنة التعارض.

أولاً : الجمع والتوفيق بين النصوص لحل التعارض :

وهو ما يطلق عليه عند الفقهاء المعاصرين باستعمال العامل التنسيقى كأحد أساليب المنهج المنطقى فى التفسير، غير أن الفقه الوضعى يقتصر فى بحثه

للعامل التنسيقى على إظهار فكرة الجمع والتنسيق بين النصوص واستنادها، بصفة عامة، على وحدة النظام القانونى. وقد وفيناه شرحاً فى المبحث الخاص بالمنهج المنطقى فى التفسير وأساليبه .

وتفتقد دراسة ذلك العامل فى الدراسات القانونية إلى الاهتمام بتحليل تطبيقاته العملية القضائية على النصوص تحليلاً يخلص إلى نتائج علمية تفرق بين الصحيح وغير الصحيح من تلك التطبيقات، وتيسر على القضاة والفقهاء سبل الاستعمال السليم لذلك العامل الهام، والذى تزداد أهميته مع الظاهرى بين النصوص المنظمة لمسائل وموضوعات الازدياد المتنامى للتشريعات، وما إليه من نشوب التعارض والتضارب مشتركة أو متداخلة.

وينقص الدراسات القانونية للعامل التنسيقى كذلك الربط الوثيق بين الفكرة العامة لهذا المبدأ وبين أدوات إعماله، ألا وهى القواعد الأصولية اللغوية والمنطقية من جهة، وفقه المصالح المحمية من النصوص وأهداف النظام القانونى العامة والخاصة من جهة أخرى. ولذلك وفى إطار الهدف من هذه الدراسة، نحاول الاجتهاد فى إلقاء الضوء على هذه الجوانب التى وإن قل الاهتمام بها فى الفقه القانونى الوضعى، فقد عمرت كتب ومؤلفات الفقه الإسلامى ببحث جوانبها المتعددة، وهو ما أعاننا على إنجاز هذا الجزء من الدراسة على نحو جديد قد لا يخلو من فائدة للقائم بالتفسير للقواعد القانونية الوضعية[1].

لما كان ما تقدم فإننا نقول أن الثابت لدى علماء الأصول فى الفقه الإسلامى اتفاقهم على أن إعمال الدليل هو الأولى دائماً، ولا يصار إلى الترجيح إذا أمكن العمل بكل واحد من الدليلين إذا وردا فى مسألة واحدة وكانا ظاهرهما التعارض، وفى ذلك يقول العلامة الأصولى البيضاوى "إذا تعارض دليلان فالعمل بهما من وجه أولى"، ومثال ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء من الجمع والتوفيق بين قوله تعالى **"وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرا"**[2]، وبين قوله تعالى **"وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنّ"**[3]، فقد ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن الآية الثانية لا تنسخ الآية الأولى بالنسبة للحامل المتوفى عنها زوجها، وإنما يجب التوفيق بين الآيتين، ورأوا أن الحامل ينبغى أن تعتد بأبعد الأجلين، فإذا وضعت حملها قبل

---

[1] عبد اللطيف عبد الله البرزنجى : **المرجع السابق** ، ص ٤٩٥ .

د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٦٥٥ .

[2] سورة البقرة : من الآية٢٣٤.

[3] سورة الطلاق: من الآية٤.

مضـــى هذه المدة من حين وفاة زوجها كانت عدتها أربعة أشـــهر وعشـــراً، وإن مضت هذه المدة ولم تلد استمرت فى العدة حتى تضع الحمل.

ومن طرق الجمع والتوفيق إذا كان أحد النصـين عاماً والآخر خاصـاً، أو أن أحدهما مطلقاً والآخر مقيداً، أن يخصـــص العام بالخاص، فيعمل بالخاص فيما ورد فيه، ويعمل بالعام فيما وراء ذلك، وأن يحمل المطلق على المقيد أو يعمل بالمقيد فى موضعه والمطلق فيما عداه[1].

وتفصـيل ذلك أنه من القواعد المسـتقرة لدى الجمهور أن المطلق يبقى على إطلاقه، ولا يقيد بأى قيد إلا إذا قام الدليل على تقييده. أما إذا ورد اللفظ مطلقاً فى نص وورد بعينه مقيداً فى نص آخر، فالتســـاؤل المثار هو هل يعتبر ذلك دليلاً على تقييده ، فيحمل المطلق على المقيد ؟، أم يبقى كل منهما على حاله من الإطلاق والتقييد ؟.

لقد تولى الإجابة على ذلك علماء الأصـول بتفصـيل، وأبرزوا صـوراً أربعة لحالات اللفظ الذى يرد مطلقاً فى نص، ومقيداً فى نص آخر، وحددوا حكم كل صورة على النحو الآتى:

- **الصـــورة الأولى : أن يكون حكم المطلق والمقيد واحداً فى كل من النصـــين، وكذلك السبب، وفى هذه الحالة يحمل المطلق على المقيد:**

ومثال ذلك قوله تعالى **"حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ"**[2] وقوله تعالى **"قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً"**[3]، إن الحكم فى الآيتين واحد وهو حرمة تناول الدم، وســـبب الحكم واحد وهو الضــــرر الناشـــئ عن تناول الدم، فيحمل المطلق على المقيد. ويكون المراد من الدم المحرم هو الدم المسفوح دون غيره، وهذا الحكم محل اتفاق بين الفقهاء.

وإنما يحمل المطلق على المقيد دون العكس، لأن المقيد ناطق بالقيد ومعتد به، والمطلق ساكت عن القيد واللفظ المقيد أقوى، ولأن حمل المطلق على المقيد

---

[1] راجع فى معنى العام والخاص والمطلق والمقيد :

- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٠٠.

[2] سورة المائدة: من الآية٣.

[3] سورة الأنعام: من الآية١٤٥.

لا يلغى النص المطلق كله بل يقصره على بعض أنواعه، بينما حمل المقيد على المطلق يترتب عليه إلغاء النص المقيد كله، ولا شــك فى أنه إذا دار الأمر بين إلغاء نص معين كله، وإلغاء جزء من نص آخر كان إلغاء بعض النص أولى لأن إعمال الكلام خير من إهماله، ولأن المقيد يعتبر بياناً للمطلق .

- **الصورة الثانية : أن يختلف الحكم ويتحد السبب فى النصين :**

وفى هذه الحالة يبقى المطلق على إطلاقه، ويعمل به فى موضعه الذى ورد فيه، وكذلك شأن المقيد، ومثال ذلك لفظ الأيدى الوارد مطلقاً فى الآية التيمم "**فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ**"[1]، والوارد مقيداً بالمرافق فى آية الوضوء، ومعلوم أن الحكم فيهما مختلف، ولكن السبب متحد وهو القيام إلى الصلاة.

- **الصورة الثالثة : أن يختلف السبب ويتحد الحكم فى النصين المطلق والمقيد:**

ومثالها قوله تعالى فى كفارة القتل خطأ "**وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ** "[2]قوله تعالى فى كفارة الظهار "**وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا**"[3]، فقد ورد لفظ "رَقَبَةٍ" مقيداً فى الآية الأولى بالإيمان ومطلقاً فى الآية الثانية .

لقد اختلفت الاجتهادات فى حكم هذه الصورة، فذهب الشافعية إلى حمل المطلق على المقيد فى هذه الحالة، لأن اتحاد الحكم يوجب ذلك، وقد ظهرت رغبة الشارع فى تحرير رقاب المؤمنين بالنص عليها فى كفارة القتل خطأ ، فوجب تحقيق رغبته فى كفارة الظهار، وكلام الله واحد يفسر بعضه بعضاً، وذهب الحنفية والجعفرية إلى أن المطلق لا يحمل على المقيد فى هذه الصورة، لعدم وجود التعارض، من وجهة نظرهم، وهو الذى يدعو إلى ذلك الحمل .

---

[1] سورة المائدة: من الآية٦.

[2] سورة النساء: من الآية٩٢.

[3] سورة القصص: من الآية٣.

- **الصورة الرابعة : أن يرد اللفظ مطلقاً فى نص ومقيداً فى نص آخر :**

وفيها يتحد السبب والحكم ولا يكون الإطلاق والتقييد فى نفس الحكم كالحالة الأولى بل وفى سببه. ومن الأمثلة على ذلك، ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قضى بالشفعة للجار، وما روى من قوله صلى الله عليه وسلم **"الجار أحق بشفعة جاره ينظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً "**، فقد ورد لفظ الجار فى الحديث الأول مطلقاً، وورد فى الحديث الثانى مقيداً بالشركة فى الطريق، وقد اتحد الحكم فى الحديثين وهو الأخذ بالشفعة، كما اتحد السبب وهو الجوار، وكان الإطلاق والتقييد فى السبب، فأطلقه الحديث الأول وقيده الحديث الثانى.

وقد اختلف الفقهاء فى هذه الحالة، فذهب الشافعية إلى حمل المطلق على المقيد دفعاً للتعارض بين الحديثين، وذهب الحنفية إلى أن المطلق لا يحمل على المقيد بل يبقى المطلق على إطلاقه، وقالوا إنه لا يوجد تعارض بين الحديثين لأن الحديث المقيد لا يدل على نفى الحكم عند انتفاء القيد حتى يتعارض مع الحديث المطلق، جرياً على مذهبهم فى عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة، ولكن الشئ الواحد قد يكون له أسباب متعددة، وقد بين كل حديث سبباً مغايراً.

والراجح عند المعاصرين من فقهاء الأصول[1]، هو حمل المطلق على المقيد فى هذه الحالة لتحقق التعارض فيها ، ولرجحان الرأى القائل بمفهوم المخالفة بضوابطها عندهم، وهو الذى نميل إليه لهذين السببين.

ثانياً : الترجيح بين النصوص عند نشوب التعارض بينها :

الترجيح لغة، التمييل والتغليب، أما اصطلاحاً، فهو تقوية أحد المتساويين على الآخر وصفاً، أو هو بيان الرجحان فى القوة لأحد المتعارضين على الآخر، وتقديم الراجح على المرجوح، ويرى البعض أنه يأتى دور الترجيح حين لا يعرف تأريخ ورود النصين المتعارضين، فيلجأ المجتهد إلى ترجيح أحد النصين على الآخر[2].

---

[1] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٠٢ .

- الأستاذ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص ٣٩٨ .
- د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٤٢٧ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٤٢٨ .

ونحن نرى أن الترجيح طريق رحب من طرق إزالة التعارض بين النصوص، وليس دقيقاً قصر الالتجاء إليه على حالة عدم معرفة تواريخ النصوص التى ظاهرها التعارض، وهو ما سيثبت لنا عند استقراء الأحكام القضائية التى أعملت وسيلة الترجيح عند تفسيرها لنصوص ظاهرها التعارض.

- **الوسائل الأصولية اللغوية والمنطقية لإنفاذ الترجيح بين النصوص:**

١- ترجيح النص على الظاهر :

ومثال ذلك قوله تعالى بعد أن بين المحرمات من النساء "**وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُم** "[١]، إن ظاهر الآية يدل على إباحة الزواج بأكثر من أربع نساء، ولكن هذا الظاهر يعارضه قوله تعالى: "**فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ**"[٢]، وقد تضمنت هذه الآية نصاً على تحريم الزيادة على الأربع، فيرجح النص على الظاهر.

٢- ترجيح المفسر على النص.

٣- ترجيح المحكم على ما سواه من ظاهر أو نص مفسر.

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى "**وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُم** "[٣]، فإن عموم نص هذه الآية يعارضه قوله تعالى "**وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً** "[٤]حيث أن الآية الأخيرة محكمة فى تحريم الزواج

---

[١] سورة النساء: من الآية٢٤.

[٢] سورة النساء: من الآية٣.

[٣] سورة النساء: من الآية٢٤.

[٤] سورة الأحزاب: من الآية٥٣.

بزوجات النبى صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته، فإنها تقدم علة نص الآية الأولى وتترجح عليها.

٤- ترجيح الحكم الثابت بعبارة النص على الحكم الثابت بإشارته :

ومثال ذلك: تعارض دلالة العبارة فى قوله تعالى "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى**"[١]فإنه يدل بعبارته على وجوب القصاص من كل قاتل عمداً أو خطأً ، غير أن دلالة الإشارة فى قوله تعالى " **وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً**"[٢]تفيد أن القاتل عمداً لا يقتص منه، لأن جزاؤه ورد فى الآية بصيغة الحصر، وهو الخلود فى النار، مما يعنى عدم ترتب عقوبة أخرى فى الدنيا عليه، وإذا تعارضت الدلالتان فإن دلالة العبارة نقدم على دلالة الإشارة .

٥- ترجيح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالته :

ومثال ذلك قوله تعالى "**وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا**"[٣]إذ يفهم منه بطريق الإشارة عدم ترتب جزاء آخر عليه غير الخلود فى جهنم ، ولا تجب عليه الكفارة بينما يدل قوله تعالى "**وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ** "[٤]بطريق الفحوى على وجوب الكفارة على القتل عمداً لأنه أولى من القاتل خطأ بالتكفير.

٦- ترجيح دلالة المنطوق على المفهوم :

ومثاله قوله تعالى "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا الرِّبا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً** "[٥]إن مفهوم المخالفة فى هذه الآية يعارض منطوق قوله تعالى "**وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ**

---

[١] سورة البقرة: من الآية١٧٨.

[٢] سورة النساء:٩٣.

[٣] سورة النساء:٩٣.

[٤] سورة النساء: من الآية٩٢.

[٥] سورة آل عمران: من الآية١٣٠.

رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ "[١]، فيرجع هذا المنطوق الذى يفيد حرمة الربا وإن قل .

٧- ترجيح المصالح الضرورية على المسائل الحاجية، والمصالح الحاجية على التحسينية عند التعارض:

وحسبى ذكر هذه المسائل، علماً بأن هناك كثيراً من المرجحات الأخرى وردت فى المطولات من كتب الأصول[٢]، و إنما أوردت ما يفى بالقصد لإتمام اجتهادى عند تحليل التطبيقات القضائية من جهة طريقة التفسير المتبعة.

ثالثاً : النسخ كحل نهائى فى حالات التعارض المستعصى على الجمع أو الترجيح :

- **رأينا فى الموضوع : مدى مشروعية التفسير القضائى المستند إلى أعمال النسخ كوسيلة تفسير :**

النسخ على هذا النحو وثيق الصلة بعملية التفسير إن لم يكن جزءاً منها. إذ كيف يقرر القاضى وجود تعارض بين معنى نصين يتناولان ذات المسألة المعروضة عليه إلا بتفسير النصين، ثم كيف يقرر القاضى استحالة الجمع بين النصين على أى وجه من وجوه التفسير الصحيح والممكن. ومن ثم يقرر نسخ القديم وحلول الجديد محله إلا أثناء قيامه بعملية التفسير.

وبناءً على ما تقدم فإننا نرى أن للقاضى أن يمارس النسخ أثناء قيامه بالتفسير، فالنسخ إما وسيلة من وسائل التفسير أو وثيق الصلة به، بحيث لا يتصور قيام القاضى بوظيفة التفسير المنوطة به على الوجه الأمثل المحقق للغاية المرجوة من التفسير إذا سلب منه حق ممارسة النسخ و تقريره متى رآى ذلك[٣].

---

[١] سورة البقرة: من الآية٢٧٩

[٢] الشيخ / عبد اللطيف عبد الله البرزنجى: : **المرجع السابق** ، ص ٥٦٨ .

[٣] د/ عبد المنعم البدراوى : **المرجع السابق** ، ص ٢١٤ .

د / عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ص ٥٥٠ .

ولهذا فنحن نرى أن النسخ وتقريره من قبل المفسر يكون بعد استخدام العامل التنسيقى بين النصوص فى أقصى مدى له[١]، والعامل التنسيقى كما أسلفنا من بين وسائل المنهج المنطقى فى التفسير، وقد أوضحنا الصلة الوثيقة بين المنهجين المنطقى والتاريخى.

إن الفقه الإسلامى المعاصر[٢] يبحث موضوع النسخ فى إطار المنهج التاريخى لارتباطه أساساً بالعنصر الزمنى، ولتناول الفقهاء القدماء له عند تفسيرهم نصوص القرآن الكريم والأحاديث الشريفة، ضمن ما يعرف بعلم الناسخ والمنسوخ، والذى يدور حول معرفة السابق واللاحق فى تاريخ النزول أو تاريخ الوقائع، فآثرت أن أحذو حذو علماء الشريعة ببحثه فى ذلك الموضع.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد درج بعض الفقه[٣] على بحث موضوع النسخ كأحد أساليب المنهج التاريخى فى التفسير مع بقية أدوات هذا المنهج مثل المصادر التاريخية للنص والأعمال التحضيرية وغيرها. ولذلك وفضلاً عما تقدم من موافقة هذا المنهج فى البحث مع منهج فقهاء الشريعة الغراء. وكذلك لما نراه من قاسم مشترك بين هذه الأدوات التفسيرية يتمثل فى عنصر الزمن الجامع المشترك بينها، فقد رأينا الأخذ بهذه الخطة. ومن ثم نحيل فى تعريف النسخ، وبيان مدلوله الشرعى والقانونى إلى المبحث الخاص بالمنهج التاريخى.

وحسبنا فى هذا الموضع ما يحقق القصد ألا وهو بيان طريقة تطبيق القضاء الجنائى المصرى لفكرة النسخ كأحد الحلول التفسيرية للتعارض بين النصوص الجنائية، ومحاولة تحليل ثم تقويم مذهب المحكمة العليا فى هذا الصدد[٤].

---

[١] وكذلك بعد فشل محاولة الترجيح بين النصوص المتعارضة . و سوف نعاود الحديث عن أهمية التزام القاضى أو الفقيه ، عند ما يلوح له ثمة تعارض بين النصوص ، بهذا الترتيب . انظر الجزء الخاص بالتعارض و حلوله فى الشريعة و القانون و القضاء .

[٢] د / محمد شريف أحمد: **نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدنى والإسلامى**، ١٦٧.

[٣] د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق**، ص ٢١١.

[٤] كان من الممكن أن نجتزئ الحديث فى هذا المبحث الخاص بالتعارض على الجمع و الترجيح و نجمع التطبيقات القضائية على النسخ مع التطبيقات القضائية للمنهجين اللغوى و المنطقى . كما كان بالإمكان وضع التطبيقات القضائية على استعمال العامل التنسيقى فى المبحث الخاص بالتطبيقات القضائية على المنهج المنطقى . بيد أن أحوال التعارض و حلوله القضائية لم أرها مجموعة أمام الفقيه أو القاضى فى المراجع والدراسات القانونية المعاصرة ، فراق لى هذا التقسيم المتناسب مع منهجنا فى هذه الدراسة من تحرى البناء على ما سبقنا من أبحاث و التركيز على إظهار نقاط التجديد فى البحث .

المبحث الثانى

التطبيقات القضائية لأحوال التعارض الظاهرى

وإزالته بالجمع أو الترجيح

ونتناول فى هذا المبحث التطبيقات القضـــائية لأحوال التعارض الظاهرى وإزالته بالجمع أو الترجيح من خلال مطلبين، الأول يوضح مدى تطبيق القضاء المصرى لطرق الجمع والتوفيق الأصولية الشرعية بين النصوص الوضعية، من خلال بيان حدود استعمال القضاء المصرى العامل التنسيقى بين النصوص، وتوضيح ضوابط استخدام المحكمة العليا للعامل التنسيقى أو الترجيحى بين النصوص القانونية متضمناً، أولاً: استعمال العامل التنسيقى بين النصوص بوسائل التفسير سالفة البيان بما يؤدى إلى التضييق من مدلول النص الجنائى، ثانياً: استعمال العامل التنسيقى بما يؤدى إلى التضييق من مدلول نص والتوسع فى مدلول نص جنائى آخر، أما المطلب الثانى: مدى أخذ القضاء المصرى بالقواعد الأصولية الشرعية الخاصة بالترجيح بين النصوص الوضعية، وتسجيل ملاحظتنا حول مقتضى قاعدة التدرج التشريعى فى حالات التعارض بين النصوص، مع خاتمة فى مناهج تفسير القانون تشتمل على: مراحل التفسير، المقارنة بين مناهج التفسير فى الشريعة والقانون.

المطلب الأول

مدى تطبيق القضاء المصرى

لطرق الجمع والتوفيق الأصولية الشرعية بين النصوص الوضعية

- **حدود استعمال القضاء المصرى العامل التنسيقى بين النصوص:**

تستعمل محكمة النقض العامل التنسيقى كأداة تعينها على تفسير النص، وتدعم هذا العامل ببعض أدوات التفسير الأخرى المنتمية لمناهج تفسيرية غير المنهج المنطقى. وكما أسلفنا، فإن المحكمة قد ملكت زمام هذا العامل وأحسنت استخدامه. يفضى بها تارة إلى التوسع، وتارة إلى التضييق، دونما تعسف أو مغالاة غايتها العدل الذى هو الهدف الأسمى من التشريع ذاته، كما فى الأمثلة التالية.

وقد نرى مزجاً وتدعيماً عند إعمال المحكمة العليا العامل التنسيقى بين النصوص، بقاعدة الاستثناء الضمنى التى سبق عرض مضمونها ضمن مبادئ

المنهج اللغوى. وقد سبق التنويه بأن قاعدة الاستثناء الضمنى يعرفها الفقه والقضاء الأنجلوسكسونى، ولها نظير فى الفقه الإسلامى.

- **ضوابط استخدام المحكمة العليا للعامل التنسيقى أو الترجيحى بين النصوص القانونية :**

اتضح لنا من العرض السابق أن كلاً من التوفيق، التنسيق، أو الترجيح بين النصوص كسبيلين من سبل إزالة التعارض، إنما يسلكان ذات الطريق البحثى، ويستعملان ذات الأدوات والوسائل التفسيرية اللغوية والمنطقية. فيبدأ المفسر باستخدام تلك الأدوات محاولاً الجمع والتنسيق بين النصوص. فإن تعذر عليه بلوغ الجمع أفضى استخدامه لهذه الوسائل التفسيرية إلى إعمال الترجيح .

وقد حاولنا استقراء المبادئ التى التزمتها المحكمة العليا فى ضبط الحدود النهائية، لما يجوز وما لا يجوز عند الجمع والتنسيق بين النصوص أو الترجيح بينها فألفيناها على التفصيل التالى:

أولاً : استقر قضاء محكمة النقض على أنه "وإذا كان تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار جريمة القتل الخطأ التى تسفر عن موت ثلاثة أشخاص وإصابة آخر، والمعاقب عليها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات أخف من جريمة الإصابة الخطأ التى ينشأ عنها إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص، والمعاقب عليها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٤٤، فإن هذه المفارقة قد تصلح سنداً للمطالبة بتعديل التشريع، ولكن لا يجوز التحدى بها للجمع بين هذين النصين المتغايرين واستخلاص عقوبة جديدة منهما أشد من العقوبات المقررة فى النص الصريح الواجب التطبيق"[1].

ثانياً : من المقرر فى قضاء المحكمة العليا المستقر أن "القاضى مطالب أولاً بالرجوع إلى نص القانون ذاته، وإعماله على واقعة الدعوى فى حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة، فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما

---

[1] جلسة ١٩ /١٩٦٨/٢نقض جنائى س١٩، ص ٢٣٣.

وبنفس المعنى :

- جلسة ١٩٧٣/٤/٢٢نقض جنائى س ٢٤، ص ٥٣١.
- جلسة ١٩٦٧/١٢/١٩نقض جنائى س ١٨، ص ١٦٨٦.

يرد فى الأعمال التحضيرية، ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون، وتغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع[1].

ثالثاً : بالنسبة للقواعد الأصولية التى تستعمل للجمع أو للترجيح بين النصوص المختلفة فى طبيعة دلالتها على المعانى، فمذهب محكمة النقض التفسيرى بشأن تخصيص النص العام أو تقييد النص المطلق مستقر ومضطرد، وقد جرت خطتها على ذات النهج الأصولى الشرعى فى هذا الصدد .

فإذا كان النص عاماً أو مطلقاً امتنع تخصيصه أو تقييده بغير مخصص أو مقيد، ولو بالاستناد إلى الحكمة من التشريع، إذ أن الحكم يدور مع علته وليس مع حكمته، كما أنه إذا كان النص قد ورد على سبيل الاستثناء وجب تفسيره تفسيراً ضيقاً بغير توسع :

وفى ذلك كله قضت محكمة النقض بأن "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، ومن ثم لا يجوز إهدار العلة، وهى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص، وهو ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها، وأنه متى كان النص عاماً مطلقاً، فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه، إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت النص عن طريق التأويل". كما قررت فى حكم آخر لها أنه " لا محل للاستشهاد بحكم المادة ٦٨ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦١ ، والتى تقضى بأن تصرف للمستحقين عن المؤمن عليه فى حالة فقده معونة تعاد معاش الوفاة، ذلك أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٧١ مكرراً هو نص استثنائى على ما سلف البيان، فلا يجوز التوسع فى تفسيره عن طريق القياس أو الاستنتاج من باب أولى كما ذهب الحكم المطعون فيه"[2].

---

١ جلسة ١٩٥٩/٦/٩نقض جنائى س١٠، ص ٦٣٩.

وبنفس المعنى :

- جلسة ١٩٦٠/٢/١٦نقض جنائى س ١١، ص ١٦٨.

وراجع فى الاستناد إلى الأعمال التحضيرية:

- نقض جنائى جلستى ١٩٦٠/٢/١٠ و ١٩٧٠/٤/٢٦نقض جنائى س٢٠١ و ٣٦٥ .
- جلسة ١٩٦٠/١/١١نقض جنائى س١١، ٥.

٢ - جلسة ١٩٧٢/٣/١٥ نقض مدنى س ٢٢ ، ص ٤١٨.
- جلسة ١٩٧٤/١١/٦ نقض مدنى س ٢٥ ، ص١٢٠٨.

كما قررت فى حكم آخر لها أنه " لا محل للاستشهاد بحكم المادة ٦٨ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦١، والتى تقضى بأن تصرف للمستحقين عن المؤمن عليه فى حالة فقده معونة تعاد معاش الوفاة، ذلك أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٧١ مكرراً هو نص استثنائى على ما سلف البيان، فلا يجوز التوسع فى تفسيره عن طريق القياس أو الاستنتاج من باب أولى كما ذهب الحكم المطعون فيه"[١].

رابعاً : وقد جرى قضاء محكمة النقض كذلك، فى صدد تحديدها لضوابط الجمع بين النصوص، على أن "التشريع الصادر لفترة محددة ينبغى أن يتضمن تحديداً صريحاً لها، فلا يكفى أن يكون التحديد ضمنياً مستفاداً من ظروف وضع التشريع وملابساته"[٢]. وقررت كذلك أن "التشريع الصادر لفترة محددة ينبغى أن يتضمن تحديداً صريحاً لها، فلا يكفى أن يكون التحديد ضمنياً مستفاداً من ظروف وضع التشريع وملابساته"[٣].

وحسبنا فى سوق الحكم السابق على ما أردنا التدليل عليه من اتباع محكمة النقض للقواعد الأصولية بشأن تحديد طريقة تفسير النصوص الخاصة والعامة والاستثنائية، ونترك التعليق على ما ورد بحكم المحكمة العليا من إطلاقها القول بعدم جواز التوسع فى التفسير للنص محل الحكم بإعمال القياس أو الاستنتاج من باب أولى إلى الموضع المناسب من هذه الدراسة [٤].

خامساً : وفى ذات المجال تقرر المحكمة العليا باضطراد فى أحكامها " بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب "[٥].

---

[١] - جلسة ١٩٧٢/٣/١٥ نقض مدنى س ٢٢، ص ٤١٨.

- جلسة ١٩٧٤/١١/٦ نقض مدنى س ٢٥، ص ١٢٠٨ .

[٢] - جلسة ١٩٦٨/٦/١٧ نقض جنائى١٩ ،ص ٧٠١ .

[٣] جلسة ١٩٦٨/٦/١٧ نقض جنائى س١٩، ص ٧٠١ .

[٤] قمنا ببحث ما تردد فى أحكام المحكمة العليا بصفة مضطردة من حظر القياس والتفسير الواسع للنصوص الجنائية، وأظهرنا عدم صحة هذا الإطلاق فى الحكم بالحظر ، وأن المحكمة ذاتها لم تلتزم به ، والمبررات التى نراها دفعت المحكمة لترديد هذه العبارات رغم عدم التزامها بمضمونها. وقد فصلنا هذه المسائل فى الفصل الخاص بمحكمة النقض بالباب الثانى، واتبعناها أيضاً فى الباب الأخير الخاص بتكملة القضاء للنقص فى التشريع.

[٥] جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٢ ، ٦١ لسنة ٨٢ نقض جنائى س ٩، ص ١١٠١.

سادساً : وكإطار عام يحدد للقاضى سبيل نظره فى النصوص المعروضة عليه، سواء عند محاولته الجمع بين النصوص أو غيرها من أحوال التفسير تقرر المحكمة العليا بأنه "متى كان النص واضحاً جلى المعنى قاطعاً فى الدلالة على المراد منه، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته؛ لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، مما يكون معه القاضى مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه، والقصد الذى أملاه، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها. ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم "[1].

سابعاً : بالنسبة للقواعد الأصولية التى ترتب ألفاظ وعبارات النصوص من حيث قوة دلالتها على المعانى. ومن ثم تعد من قواعد ومحددات التنسيق أو الترجيح بين النصوص التى ظاهرها التعارض، فقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها مصرحة بالأخذ بهذه المبادئ الأصولية اللغوية أن "دلالة الإشارة، باستقراء أساليب اللغة العربية، وما قرره علماؤها، هى دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود من سياقه يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة حسب ظهور وجه التلازم وخفائه. والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص على هذا النحو من الدلالات المعتبرة فى فهم النصوص؛ لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه، وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح، بل هو قد يدل أيضاً على معانى يفهم من إشارته، ومن اقتضائه، وكل ما يفهم منه من المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من

وبنفس المعنى :

- جلسة ١٩٦١/٢/١٢نقض جنائى س ١٢، ص ١٩٦ .

وراجع تطبيقاً لذلك :

- جلسة ١٩٦٠/١١/١٤ نقض جنائى س١١ ،٧٨٢ .

[1] - جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ نقض جنائى س ١٩ ،ص ٢٣٣.

وبنفس المعنى :

- جلسة ١٩٦٧/١٢/١٩ نقض جنائى س ١٨ ،ص ١٦٨٦ .
- جلسة ١٩٧٣/٤/٢٢ نقض جنائى س ٢٤ ،ص ٥٣١.

مدلولات النص، ويكون النص دليلاً وحجة عليه ويجب العمل به، وإذ لم يفطن الحكم المطعون فيه إلى هذا الحكم المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين ٦٥ و١٠٣من قانون المرافعات المشار إليه، ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة ١٠٣ وحده.... دون أن يمعن التأمل فى المعنى اللازم المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة ٦٥ حسبما سلف إيضاحه...، وليس فى المعنى المتبادر من عبارة أى منهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة...، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون[١].

وقضت المحكمة الموقرة كذلك بأن "السلطة التشريعية وحدها هى المنوط بها إفراغ الحكم الشرعى فى نص قانونى واجب التطبيق، بما يتوافر لها من مكنة التفرقة بين الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها وهى التى تتسع لأبواب الاجتهاد، عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية، وهو اجتهاد، وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقرر للمشرع، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل ما تقدم وأعمل حكم المادة الثالثة من الدستور، على النحو الذى فسرها به مباشرة ممتنعاً بتفسيره لها عن تطبيق حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى النافذة، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه "[٢].

- **التطبيق العملى للمبادئ التفسيرية السابقة، والتى صرحت بها المحكمة العليا فى شأن طريقة وضوابط إعمالها للعامل التنسيقى لإزالة التعارض بين النصوص :**

أولاً : استعمال العامل التنسيقى بين النصوص بوسائل التفسير سالفة البيان بما يؤدى إلى التضييق من مدلول النص الجنائى[٣]:

---

١ الطعن رقم ٤٦٨٥ لسنة ٦٧ ق **مدنى** جلسة ١٨/٥/٢٠٠٠ . لم ينشر بعد فى مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض ، بيد أنه منشور بكتاب المستحدث من المبادئ التى قررتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض الذى يوزع على السادة مستشارى المحكمة العليا .

٢ الطعن رقم ٨٣٦٥ لسنة ٦٤ ق ، جلسة ٢٦/٢/٢٠٠١.

٣ الطعن رقم ١٨٦٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٩٥ س ٤٦ ص ١٢٧٥

الطعن رقم ١٣٩٨١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٩ / ٥ / ١٩٩٧ س ٤٨ ص ٦٧٠

- **تلخيص المبدأ :**

القضـاء بانقضـاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم يحول دون محاكمته أو توقيع أية عقوبة عليه عدا المصادرة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠ عقوبات.

- **حيثيات الحكم المتضمنة لإعمال أسلوب التنسيق بين النصوص:**

لما كان ذلك وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لســـنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى، أجازت لأى شخص أن يحتفظ بكل ما يؤول إليه أو يملكه أو يحوزه من نقد أجنبى، والتعامل بـه، كما أجازت لـه القيام بأى عملية من عمليات النقد الأجنبى، بما فى ذلك التحويل للداخل والخارج والتعامل داخلياً، على أن تتم هذه العمليات عن طريق المصـــارف المعتمدة والجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل فى النقد الأجنبى، بما يدل على أنه لم يعد محظوراً على الأفراد حيازة النقد الأجنبى أو الاحتفاظ به، وبالتالى لا يخرج بطبيعته عن دائرة تعـامـل الأفراد بـه، ومن ثم، فلا مجـال لإعمـال حكم المـادة ١٤ من قـانون الإجراءات الجنائية، والقضـاء بمصـادرة الأجنبية المضـبوطة فى جريمة القيام بعمليات النقد الأجنبى عن غير طريق المصارف المعتمدة – وهى التهمة المقدم بها المتهم للمحاكمة– متى توفى أثناء نظر الدعوى، ذلك لأن العملات الأجنبية تخرج، على ما ســلف بيانه، على نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون العقوبات، وإذ قضـى الحكم المطعون فيه بانقضـاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم دون أن يحكم بمصـــادرة العملة الأجنبية المضـــبوطة فى حيازته أو بأية عقوبة تكميلية أخرى، فإنه يكون قد أصاب فى تطبيق القانون، ولا يغير من ذلك ما نصـــت عليه ١٤من القانون رقم ٩٧ لســـنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى من وجوب ضبط المبالغ والأشياء محل الدعوى، والحكم بمصـادرتها، ذلك أن الدعوى الجنائية انقضــت بوفاة المتهم قبل صــدور حكم بات فيها يحدد مســئوليته الجنائية، فلا يسـوغ من بعد الاسـترسـال فى محاكمته، أو توقيع أية عقوبة عليه عدا ما نص عليه القانون من المصادرة طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠من قانون العقوبات. لما كان ما تقدم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً.

وانظر كذلك الأمثلة التى عرضنا لها فى مطلع الباب عند الحديث عن جمع المحكمة الموفقة بين مبادئ المنهج اللغوى والمنطقى فى التفسير ، ومنها الجمع بين فكرتى " سياق النصوص .. وترادف العبارات " وهى من أساليب المنهج اللغوى وبين فكرة العامل التنسـيقى بين النصـوص والتى تعبر عنها المحكمة العليا عادة بـــــ " البين من اســتقراء النصوص .." .

ثانياً : اســتعمال العامل التنسـيقى بما يؤدى إلى التضـييق من مدلول نص والتوسع فى مدلول نص جنائى آخر :

قامت المحكمة العليا وباستخدام الضـوابط العامة للتنسيق التى أرسـتها كما سلف البيان، بالتوصل إلى نتيجة تفسيرية تحقق لها ما أرادته لنصين جنائيين فى آن واحدة، وإن كانت النتيجتين التفسيريتين عكسيتين. وهو ما يدل على مدى حنكة المحكمة العليا واقتدارها فى التعامل مع منظومة النصــوص الجنائية المتعرضة لموضوع واحد وذلك باستعمال العامل التنسيقى بين النصوص.

وفى هذا الصدد قضت "المادة ١٢٩عقوبات، لم تعن إلا بوسائل العنف الذى لا يبلغ القبض على الناس وحبسهم، وورود المادتين ٢٨٠ و٢٨٢ عقوبات ضمن جرائم القبض على الناس، وحبسـهم بدون وجه حق اعتبار المشـرع المصـرى الاعتداء على حرية الناس بالقبض أو الحبس أو الحجز من الجرائم التى تقع إطلاقاً من موظف أو غير موظف[١]".

المطلب الثانى

مدى أخذ القضاء المصرى بالقواعد الأصولية الشرعية الخاصة بالترجيح بين النصوص الوضعية

سبق وأن تناولنا الأدوات والوسائل التفسيرية المشتركة فى الاستعمال بين طريقتى التنسـيق والترجيح بين النصـوص المتعارضـة، بيد أننا لاحظنا تميز طريقة الترجيح لإزالة التعارض بوسـائل خاصـة تتناسـب مع مضـمون فكرة الترجيح فهذا بيانها:

باسـتقراء المبادئ التى أرسـتها محكمة النقض فى الترجيح بين النصـوص نجدها قد أخذت بالمناسـب من القواعد الأصـولية فى هذا الصـدد. وأعنى بالمناسـب إخراج القواعد الأصـولية التى لا سـبيل لإعمالها على التشـريعات الوضـعية، مثل القواعد المرجحة بين النصوص على أساس قوة الدليل من جهة الرواية سواء نوعها، كالمتواتر والمشهور ورواية الآحاد، أو درجتها كالصحيح والحسن والضعيف وأقسام كل من هذه الأنواع .

فمن الواضـح أن هذه المرجحات لا تأخذ بها، ولا يسـتقيم، أن تأخذ بها المحكمة العليا فى معرض الترجيح بين نصـوص قانونية. ومع ذلك فالتشـابه

---

[١] الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٨ س ١٥ ص ٨٠٥ .

المنطقى بين تلك المرجحات وبين قاعدة التدرج التشريعى وآثارها يجعل إعمال الأخيرة إعمالاً شرعياً إذا جاز التعبير[١].

وثمرة هذه الملاحظة قد تبدو عند تقنين الشـــريعة الغراء، ووقوع تعارض بين نصـوص وضـعية من حيث الشـكل، وشـرعية من حيث المضـمون، فيثور التساؤل عن مدى شرعية إعمال القاضى لقاعدة تفسيرية وضعية أى من صنع الفكر القانونى المعاصر، إعمالها على النصوص الوضعية الشرعية للترجيح أو النســخ لفض التعارض. بالطبع تلك حالة أو فرضـــية فريدة أن نتكلم عن مدى شرعية إعمال قواعد تفسير وضعية على نصوص شرعية، وهى الحالة المقابلة والمكملة فى ذات الآن لما نحاول أن نســتقرؤه من أحكام المحكمة العليا فى هذه الدراسة .

- **ملاحظتنا حول مقتضـــى قاعدة التدرج التشـــريعى فى حالات التعارض بين النصوص:**

إنه من الجدير بالملاحظة أن تلك القاعدة المجمع عليها فى الفقه القانونى، بل والتى تعد من أســـس النظام القانونى، قد يؤدى إعمالها إما إلى الترجيح بين النصوص أو إلى نسخ أحد النصوص المتعارضة .

فالترجيح باســتخدام تلك القاعدة يعنى تطبيق نص واســتبعاد آخر من نطاق الإعمال المتعارض مع النص الأول فقط، دون أن يصـــل الاســتبعاد إلى درجة الإلغاء. أما إذا قرر المفســر قاضــياً كان أو فقيهاً أن إعمال قاعدة التدرج تؤدى إلى إلغاء أحد النصـين فنكون بصـدد الحديث عن النسـخ، وعليه فإننا سـنعرض لاســتخدام القاعدة فى الترجيح ثم عند النســخ، كما تســتعملها محكمة النقض فى الحالتين .

١ - التزمت محكمة النقض بمقتضى قاعدة التدرج التشريعى عند التفسير والتطبيق للنصوص، فقررت أنه، من حيث قوة الإلزام، "لا يصح الاعتداد بالتعليمات فى مقام تطبيق القانون"[٢].

٢ -كما قضت محكمة النقض بأن "من حق السلطة التنفيذية، طبقاً للمبادئ الدستورية المتفق عليها، أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق إصدار

---

[١] د / عوض محمد عوض : **دراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى** ، **المرجع السابق** ، ص ٦٨ .

[٢] جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠م نقض ج ١٨، ١١١٣.

وبنفس المعنى :

- ١٩٦٥/١٠/٤م نقض ج ١٦ ، ٦٥٧ .
- ١٩٧٤/٤/٢٠ م نقض م ٢٥ ، ٧١٣ .

اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً جديداً أو تعدل أو تعطل تنفيذها، أو تعفى من هذا التنفيذ[١].

المبحث الثالث

التطبيقات القضائية لأحوال التعارض الحقيقى

(المستعصى على الجمع أو الترجيح)

حدود استخدام القضاء لفكرة النسخ الضمنى فى التفسير

كحل نهائى حتمى عند التعارض الحقيقى

من المؤكد أن النسخ الصريح لا يدخل ضمن البحث القضائى أو الفقهى كأحد حلول التعارض بين النصوص القانونية. وسبب ذلك كونه حلاً تشريعياً يحسم مسألة التعارض أو غيرها من الدواعى التى تكون وراء إصدار التشريعات. وهو حل لا يسع المفسر إلا الأخذ به وتطبيقه، وتصبح حالة التعارض السابقة عليه جزءاً من تاريخ التشريع قد يستعين بها المفسر فى ظروف معينة على التوصل لإرادة التشريع أو تحديد المصلحة المحمية من وراء سن تشريع ما.

وعلى ما تقدم فالبحث فى حلول التعارض الذى يتبدى أحياناً بين النصوص لا يهتم من أحوال النسخ إلا بالنسخ الضمنى باعتباره طبقاً لما ترجح لدينا عند بحث المنهج التاريخى أحد وسائل التفسير المتاحة أمام القاضى أو الفقيه عند ظهور التعارض بين النصوص المنطبقة على حالة واحدة.

وفى هذه المثابة نحن نؤكد على ما تلاحظ لنا من قبل من ضرورة بذل منتهى الجهد. ومحاولة إعمال كافة الوسائل التفسيرية على حالة التعارض

---

[١] ١٩٧٥/٦/٢٢ م نقض ج ٢٦ ، ٥٢ .

وبنفس المعنى :

- ١٩٦٨/١/٢٩ م نقض ج ١٩ ، ١١٥ .
- ١٩٦٧/١٠/٩ م نقض ج ١٨ ، ٩٤٦ .

الناشـبة بين النصـوص قبل الشـروع فى توجيه الفكر صـوب أداة النسـخ. وذلك يتفق مع قواعد أصول الفقه كما يستقيم مع قواعد التفسير القانونى. والسبب من هذا الإطناب فى تلك الملاحظة كون اللجوء للنسخ سهل المأخذ يريح المفسر من عناء البحث فى طرائق الجمع والتوفيق والترجيح، إلا أنه بقدر ســـهولة مأخذه بقدر وعورة منتهاه. وكيف لا وهو فى حقيقته ومنتهاه إلغاء للتشــريع وقضـــاء مبرم عليه بالعدم من بعد أن كان حياً مهاباً، بما يمثله من إرادة الأمة، وبما يعنيه من إلزام يخضع له الإدارة والقضاء وسائر المجتمع.

ويتنـاول هـذا المبحـث التطبيقـات القضـــائيـة لأحوال التعـارض الحقيقى (المســتعصــى على الجمع أو الترجيح) حدود اســتخدام القضـــاء لفكرة النســخ الضـمنى فى التفسـير كحل نهائى حتمى عند التعارض الحقيقى، وذلك من خلال بيان:

أولاً : الضوابط العامة لاستخدام محكمة النقض للنسخ الضمنى كأسلوب لإنهاء التعارض الحقيقى بين النصـوص، وملاحظتنا على الضـوابط التفسـيرية لاستعمال النسخ المستقرأة فى قضاء محكمة النقض.

ثانياً : الأمثلة القضـائية على اسـتعمال القضـاء لفكرة النسـخ الضـمنى كوسـيلة تفســير لإزالة التعارض بين النصــوص، من خلال إزالة التعارض بين نص قانونى ونص دســتورى، وإزالة التعارض بين نصـــين قانونيين، واستخدام النسخ كأداة عند تفسير النصوص الجنائية الصادرة من المشرع العادى، ووقد ســقنا بعض من هذه الأمثلة كالتالى: المثال الأول: النســخ الجزئى أى نســخ جزء من النص وإعمال جزء، المثال الثانى: التشــريع العام اللاحق لا ينسخ ضـمناً التشـريع الخاص السـابق، بل يظل التشـريع الخاص قائماً.

ثالثاً : حالات متميزة فى استعمال المحكمة العليا لفكرة النسخ، ومن الأمثلة على ذلك، المثال الأول: إرجاء إنفاذ النســخ الصــريح، المثال الثانى: ترديد النص فى قانون ولائحته يجعل نص اللائحة منســوخاً ولا أثر له، المثال الثالث: عدم إعمال مقتضى النص دون التصريح بالنسخ.

رابعاً : تقييم استعمال القضـاء المصـرى لفكرة النسخ الضـمنى، وذلك من خلال فكرة الانعدام كحل للتعارض بين النصــوص، وأوجه الشــبه والاختلاف بين الانعدام والنسـخ، والجدل حول الانعدام كجزاء اجرائى، مع ضـرب أمثلة على الانعدام، ونختم هذا المبحث برأينا فى هذا الموضوع مع وضع الحدود الصحيحة فى القضاء الحديث للنقض.

أولاً : الضوابط العامة لاستخدام محكمة النقض للنسخ الضمنى كأسلوب لإنهاء التعارض الحقيقى بين النصوص:

١- إعمال المحكمة لمقتضى قاعدة التدرج التشريعى:

قضـــت محكمة النقض فى هذا الصـــدد بأن "نص المادة ٣٥من قانون الإجراءات الجنائية يخالف حكم المادة ٤١من الدســتور ومؤدى ذلك اعتبار هذا النص منسوخاً ضمناً بقوة الدستور". واستقر قضاؤها كذلك على أن: "اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تنسخ نصاً آمراً فى القانون"[١].

وقررت كذلك بأنه "من المقرر أنه عند التعارض بين نصـــين أحدهما وارد فى القانون والآخر فى لائحته التنفيذية، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصـــلاً للائحة التى هى أداة تشـــريعية أدنى من القانون[٢]. وقد سبق وأن أوضحنا استخدام قاعدة التدرج التشريعى فى نطاق الترجيح أيضاً.

٢- مبدأ امتداد أثر الإلغاء للنص فى حالة الإحالة المطلقة فقط :

وفى ذلك قضت محكمة النقض فى إطار تقريرها للضوابط العامة لاستعمال النسخ عند إزالة التعارض بين النصوص أثناء التفسير بأن "القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون آخر، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحى جزءاً منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلاً، أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن تضمين أحكامه أمراً محدداً فى خصوص ما

---

[١] ١٩٧٥/٦/٢٢ م نقض ج ٢٦ ،٥٢٨.

وبنفس المعنى :

- ١٩٦٨/١/٢٩ م نقض ج ١٩ ، ١١٥ .
- ١٩٦٧/١٠/٩ م نقض ج ١٨ ، ٩٤٦ .

[٢] ١٩٦٦/٥/٣١ م نقض ج ١٧ ، ٤٢٥ .

وبنفس المعنى :

- ١٩٦٥/٥/١٧ م نقض ج ١٦، ٤٧١ .
- ١٩٦٧/٦/٢٦ م نقض ج ١٨ ، ٨٦٩ .
- ١٩٧٥/٦/٢٢ م نقض ج ٢٦ ، ٥٢٨ .

أحال إليه ، وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه، بما فى ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تفسير"[1].

٣-مبدأ ضرورة أن يكون النص الدستورى الناسخ قابلا للإعمال بذاته :

وتقرير المحكمة العليا لهذا المبدأ الهام يجد مبرره وضـــرورته، من وجهة نظرى، من جهة كونه ضـابطاً لاستعمال النصـوص الدستورية كأدوات لنسخ النصـــوص القانونية، وحتى لا تفرط المحاكم الأدنى فى تقليد محكمة النقض فى هذا الأسـلوب التفسيرى الذى يرقى فى أحيان كثيرة إلى مرتقى خطير ألا وهو الرقابة على دستورية القوانين. وقد استقر قضـاء المحكمة العليا فى هذا الصدد على أنه: "النص فى المادة ٤٤ من الدستور على صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً للقانون قابل للإعمال بذاته"[2].

٤- تقييد المحكمة العليا لمدلول النص الدســتورى المبقى على ســريان النصوص التشريعية السابقة على الدستور م ١٩١ :

وهذا المبدأ على نقيض المبدأ الســـابق، فقد وضـــعته المحكمة العليا توطئة وتمهيدا لذاتها، لكى تتمكن من إعمال فكرتها حول النســـخ الضـــمنى بحرية فقضـــت بالآتى: "التزام التشـــريعات بالنزول على أحكام الدســـتور، بوصـــفه التشريع الأسمى، صاحب الصدارة، وإلا تعين إهدارها، ولو كانت سابقه عليه. النص فى المادة١٩١من الدســـتور على بقاء كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صـدوره، لا ينصـرف إلى التشـريع الذى لا يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة نفاذ الدستور ذاته .

نص الدستور على حظر دخول المسكن أو تفتيشه إلا بأمر قضـائى مسبب وفقاً لأحكام القانون، نص صالح بذاته للأعمال دون حاجة إلى سن تشريع أدنى، المادة ٤٤ من الدستور"[3].

وقضت كذلك بأن "ورود قيد على الحرية الشخصية غير جائز إلا فى حالة من حالات التلبس، أو بإذن من الســلطة القضـــائية المختصـــة، المادة٤١/١من الدســـتور، المقصـــود بعبارة "وفقاً لأحكام القانون" الواردة بالمادة٤١/١من

---

١ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/٤١٢/٢٧ .

٢ الطعن رقم ٢٥٨٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ س ٣٦ ص ١٠٢٧.

٣ الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/٣/٢٤ س ٢٦ ص ٢٥٨ .

الدستور. النص فى المادة ٤١من الدستور على عدم جواز القبض والتفتيش إلا فى الحالات المبينة به حكم قابل للإعمال بذاته. نص المادة١٩١من الدستور".

- **التفويض التشريعى:**

القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين. عدم تعيين الجهة المختصة بإصدارها. لرئيس الجمهورية أو من يفوضه إصدارها. شرطه أن تكون فى نطاق التفويض القانونى، مخالفة ذلك أثره، انعدام هذه القرارات، المادتان ١٤٤، ١٥٦ من الدستور.

- **ملاحظتنا على الضوابط التفسيرية لاستعمال النسخ المستقرأة فى قضاء محكمة النقض :**

أنها تنبئ عن مدى حرص المحكمة العليا المزدوج على تقييد حق المحاكم فى إبطال النصوص تحت ستار النسخ كوسيلة تفسير، وحرصها فى ذات الآن على تقرير حق القضاء فى صون المبادئ العامة الدستورية، وعدم تحصين ما يخالفها من نصوص التشريع العادى من مغبة النسخ. والحق الذى بأن من العرض السابق ذلك التوازن الرشيد الذى انتهت إليه محكمتنا العليا، ومن ورائها القضاء الجنائى المصرى، فيما حاولنا الاجتهاد فى جمعه وضبطه من مبادئ عامة فى هذا الصدد.

ثانيا : الأمثلة القضائية على استعمال القضاء لفكرة النسخ الضمنى كوسيلة تفسير لإزالة التعارض بين النصوص :

إزالة التعارض بين نص قانونى ونص دستورى

المثال الأول

الطعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٦٣ القضائية

- **تلخيص المبدأ :**

نص المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية يخالف حكم المادة ٤١ من الدستور . مؤدى ذلك: اعتبار هذا النص منسوخا ضمنا بقوة الدستور .

- **حيثيات الحكم:**

وكان الدستور هو القانون الوضعى الأسمى صاحب الصدارة التزام أحكام الدستور، وإهدار ما سواها، فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى، لزم إعمال هذا النص فى يوم العمل به، ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحالة، سواء كان سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور، قد نسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه، لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى، فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة، ألا وهو الدستور، إذا كان نصه قابلاً للأعمال بذاته، وإهدار ماعداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور، لما كان ذلك، وكانت المادة١/٤١ من الدستور قد نصت على أن "الحرية الشخصية حق طبيعى، وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد، أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون. " وكان مؤدى هذا النص أن أى قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حقاً طبيعياً من حقوق الإنسان، يستوى فى ذلك أن يكون القيد قبضاً أو تفتيشاً أو حبساً أو منعاً من التنقل، أو كان دون ذلك من القيود، لا يجوز إجراؤه إلا فى حالة من حالات التلبس، كما هو معروف قانوناً، أو بإذن من السلطات القضائية المختصة، ولا يغير من ذلك عبارة "وفقاً لأحكام القانون" التى وردت فى نهاية تلك المادة، بعد إيرادها الحالتين اللتين يجوز فيهما القبض والتفتيش على السياق المتقدم، لأن هذه العبارة لا تعنى تفويض الشارع القانونى فى إضافة حالات أخرى تبيح القبض على الشخص وتفتيشه، والقول بغير ذلك يقضى إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستورى بإرادة الشارع القانونى، وهو مالا يفيده نص المادة ٤١ من الدستور، وإنما تشير عبارة "وفقاً لأحكام القانون "إلى الإحالة إلى القانون فى تحديد الجرائم التى يجوز إصدار الأمر بالقبض على الشخص وتفتيشه، وبيان كيفية صدوره إلى غير ذلك من الإجراءات التى يتم فيها القبض والتفتيش .

المثال الثانى

الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ القضائية

- **تلخيص المبدأ :**

لما كان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٧من الدستور على أن "المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية يكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه"، يدل على أن الدستور قد أرسى مبدأً أساسياً قوامه أن الأصل فى الإنسان البراءة ما لم تثبت سلطة الاتهام عكسها، وهذا أصل يفترض قرينة لصيقة بالإنسان لا يجوز الافتئات عليها لأية علة .

- **حيثيات الحكم :**

لما كان ذلك ، وكان قانون الضريبة العامة على المبيعات سالف الإشارة، إذ نص فى الفقرة التاسعة من المادة ٤٧ منه على أنه "مع الإخلال بحالات التهرب الواردة بالمادة ٤٤ من هذا القانون يعد تهرباً بالنسبة لهذه السلع يعاقب عليه بالعقوبات المقررة بتلك المادة الحالات الآتية: حيازة السلع الخاضعة للضريبة بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة، ويفترض العلم إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته هذه السلع المستندات الدالة على سداد الضريبة"، يكون قد أقام قرينة مبناها افتراض العلم بالتهريب من واقع الحيازة غير المصحوبة بالمستندات الدالة على سداد الضريبة، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧من الدستور على نحو ما سلف تبيانه لما ما تقدم، وكان نص المادة ٦٧من الدستور آنفة الذكر، قابلاً بذاته للإعمال فى خصوص ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة ٤٧من القانون الضريبة العامة على المبيعات المشار إليه، دون ما حاجة إلى أى تدخل تشريعى، إذ أن إعمال ذلك النص مجرد العودة إلى القاعدة العامة الأصولية التى تفترض فى الفقرة ٩(أ) من المادة ٤٧من قانون الضريبة العامة على المبيعات السالف بيانه، من افتراض العلم بالتهرب إذا لم يقدم حائز السلعة بقصد الاتجار المستندات الدالة على سداد الضريبة وتكليفه بإثبات براءته يكون منسوخاً ضمناً بقوة الدستور نفسه .

إزالة التعارض بين نصين قانونيين

استخدام النسخ كأداة عند تفسير النصوص الجنائية
الصادرة من المشرع العادى
المثال الأول
النسخ الجزئى أى نسخ جزء من النص وإعمال جزء

قضت المحكمة العليا بأن "القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩، فى شأن السلطة القضائية "الملغى"، وإن نص المادة الأولى من قرار إصداره على أن ".. يلغى من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩، وقانون السلطة القضائية الصادر به المرسوم التشريعى رقم ١٣٣لسنة ١٩٥٣ما يخالف أحكام نصوص القانون المرافق، ويستعاض عنها بالنصوص المرافقة، ويلغى كل نص آخر يخالف أحكامه" لم يشر فى ديباجته إلى إلغاء المادتين ٣٦٧، ٣٧٢ من قانون الإجراءات الجنائية، ولم يرد بنصوصه ما يغاير أحكامها، مما مؤداه أنه قد اكتفى بتنظيم ما أشار إليه فى المادة السادسة منه، مما لا يتعارض مع أحكام المادتين ٣٦٧ ، ٣٧٢ سالفتى الذكر، فبقيت المادتان معمولاً بهما تكمل أحكامهما القانون الجديد[١].

المثال الثانى
التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق
بل يظل التشريع الخاص قائماً

وهذه القاعدة تتماشى مع القواعد الأصولية الشرعية، والتى سبق وأن عرضنا لها عند بحث المنهج التاريخى فى التفسير، وهى من القواعد المستقرة فى قضاء المحكمة العليا، والحكم التالى يعبر عنها خير تعبير.

الطعن رقم ٥٦٣٩ لسنة ٦٧ القضائية

- **حيثيات الحكم :**

من المقرر أن المادة ٣٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤، بشأن الأحداث التى حلت محلها بنصها ذاته، فيما عدا استبدال محكمة الطفل بكلمة "الحدث"

---

[١] الطعن رقم ١١٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٧ / ٥ / ١٩٦٠ س ١١ ص ٤٨٦.

المادة ١٢٧من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢لسنة ١٩٩٦ الذى جرت المحاكمة في ظله، أوجبت على المحكمة قبل الحكم على الطفل فى الحالات التى أوردها النص ذاك، ومنها مواد الجنايات على إطلاقها، الاستماع إلى أقوال المراقب الاجتماعى بعد تقديمه تقريراً اجتماعياً يوضح العوامل التى دعت الطفل للانحراف أو التعرض له، ومقترحات إصلاحه، هو فى تكييفه الحق ووضعه الصحيح، إجراء من الإجراءات الجوهرية قصد به الشارع مصلحة المتهم الطفل، بما ينعياه من إحاطة محكمة الموضوع بالظروف الاجتماعية والبيئية، والعوامل التى دفعت الطفل إلى ارتكاب الجريمة، أو نمت به إلى الانحراف، والوقوف على وسائل إصلاحه، وذلك حتى تكون على بينة من العوامل تلك، وما لها من أثر فى تقرير العقاب، وفى اختيار التدبير الجنائى الملائم للطفل بغيه إصلاحه، وأن عدم الاستماع إلى المراقب الاجتماعى يكون قعودا إليه هذا الإجراء الجوهرى يترتب على البطلان . لما كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١٠٥لسنة ١٩٨٠بإنشاء محاكم أمن الدولة، المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢، قد أناطت بالنيابة العامة جميع الاختصاصات المخولة للمراقب الاجتماعى المنصوص عليها فى القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤بشأن الأحداث، وهى قاعدة قانونية خاصة بمحاكم أمن الدولة العليا والإجراءات أمامها، مع قيام النص الذى تضمنها، تبقى استثناء مما نص عليه المشرع فى المادة ١٢٧ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦، واللاحق عليه باعتبار أن القانون الأخير فى هذا النطاق قانوناً عاماً، لما هو مقرر من أنه مع قيام نص خاص فى قانون، لا يرجع إلى قانون عام إلا فيما لم ينظمه النص الخاص من أحكام، وأن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنا التشريع الخاص السابق، بل يظل التشريع الخاص قائماً.

ثالثاً : حالات متميزة فى استعمال المحكمة العليا لفكرة النسخ :

المثال الأول
إرجاء إنفاذ النسخ الصريح
الطعن رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ ٦٠ القضائية " هيئة عامة "
جلسة ١٠ من يوليو سنة ١٩٩٩

في هذا الحكم نرى صورة عكسية للأمثلة السابقة، إذ المحكمة العليا هنا لا تعمل فكرة النسخ الضمني بل هي ترجئ إنفاذ النسخ الصريح الوارد في التشريع الجديد، أخذا منها في الاعتبار أمور غاية في الخطورة من الوجهة العملية لو أعملت صريح النص الناسخ دون تريث .

ومن ثم فقد مدت عمل المادة ٣٣٧ عقوبات رغم النص الصريح على إلغائها، وأرجأت النسخ الوارد بالقانون الجديد، استجلاءاً من المحكمة لقصد المشرع حتى ولو قصرت ألفاظ النص عن ملاحقة مراده. ونظراً لخطورة هذا المسلك التفسيري الذي اضطرت المحكمة، مرغمة من وجهة نظري، الدخول فيه، فقد عقدت له الهيئة العامة للمواد الجنائية بعد أن تضاربت الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة العتيدة بين محجم ومجترئ على هذا المولج الصعب الذي نراه، ولا ريب بقدر ما كانت ضرورته بقدر ما يعد تدخلاً في سلطان التشريع .

● **حيثيات الحكم :**

تنص الفقرة الثانية من مواد إصدار قانون التجارة إلى أن "يلغى نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات، والتي تنص على جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب، ومفاد ذلك أن الإلغاء لا يكون إلا في تاريخ نفاذ نص المادة ٥٣٤ المار ذكرها، حتى يتواصل تجريم إعطاء شيك لا يقابله رصيد، فلا يفصل بين نفاذ المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات ونفاذ تطبيق المادة ٥٣٤ من قانون التجارة فترة زمنية.

إذ أن المشرع لو ألغى نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات في أول أكتوبر سنة ١٩٩٩، تاريخ نفاذ باقي نصوص قانون التجارة، لأصبح إعطاء شيك لا يقابله رصيد فعلاً مباحاً منذ هذا التاريخ وحتى نفاذ المادة ٥٣٤ من قانون التجارة في أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، مع ما يترتب على هذا من إباحة الفعل بأثر رجعي إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، وهو ما قصد المشرع تجنبه...".

المثال الثاني

ترديد النص في قانون ولائحته يجعل نص اللائحة منسوخاً ولا أثر له

الطعن رقم ١١٥٧٣ لسنة ٦٠ القضائية "هيئة عامة"

جلسة ١١ من يونيو سنة ١٩٩٧

- **حيثيات الحكم :**

الأملاك الواقعة على جانبى الطرق العامة لا تعد جزءاً منها، ولا تلحق بها فى مقام "تجريم الأعمال المعاقب عليها طبقاً للمادة الثالثة عشر من القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٤، مقصورة على الاعتداء على الطرق العامة ذاتها المنصوص عليها حصراً فى هذه المادة.

والقياس فى التجريم والعقاب غير جائز إقامة منشآت على الأرض الواقعة على جانبى الطريق العام دون ترك المسافة القانونية، غير مؤثم. نص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ ترديد لنص المادة العاشرة منه غير المعاقب عليه. **مجرد ترديد نص تشريعى فى اللائحة التنفيذية، لا يغير من كونه نصا تشريعيا، ولا ينزل به إلى مصاف نصوص اللائحة** . انصراف حكم المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات إلى لوائح الضبط ولا كذلك اللوائح التنفيذية "[١].

المثال الثالث

عدم إعمال مقتضى النص دون التصريح بالنسخ

إعطاء المشرع الحق للقاضى بعدم إعمال ظاهر النص لعدم تحقق المصلحة المقصودة منه، فى حالة الإعمال يدل على رغبة عامة لدى المشرع فى ترك مساحة واسعة من الحرية أمام القضاة، لتوخى المصلحة والنظر إلى الحكمة من النصوص، وعدم التذرع بحرفية النصوص على حساب تحقيق العدالة.

الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٦١ قضائية

جلسة ١٩٩٩/١١/١٧

وفى ذلك قالت المحكمة العليا: "المقرر فى قضاء محكمة النقض، أنه، ولئن كان الشكل أو البيان وسيلة لتحقيق غاية معينة فى الخصومة، ولا يقضى بالبطلان، ولو كان منصوصاً عليه، إذا أثبت المتمسك ضده به تحقق الغاية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٠من قانون المرافعات، إلا أن التعرف على الغاية من الشكل أو البيان وتحديد ماهية هذه الغاية، مسألة قانونية يتعين على

---

[١] انظر فى تحليل هذا الحكم الهام من الوجهة التفسيرية المبحث الختامى من هذا الباب .

محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها، كما يلتزم قاضى الموضوع بتسبيب ما ينتهى إليه بشان تحقق الغاية تسبيباً سائغاً، فلا يكفى مجرد القول بتحقق أو تخلف الغاية ".

والجدير بالذكر هنا أن هذا الأسلوب يقترب من مضمون قاعدة الاستثناء الضمنى، والتى أشرنا إليها كثيراً[1]، وهو موافق أيضاً للقاعدة الأصولية المعروفة "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل" كفرع للقاعدة الأصولية "إعمال الكلام خير من إهماله". وكنت أتمنى لو أكثرت محكمتنا العليا من إعمال هذه القواعد بديلاً عن استعمالها لفكرة النسخ الضمنى للمحاذير التى سوف أوردها فى المسألة التالية .

رابعاً : تقييم استعمال القضاء المصرى لفكرة النسخ الضمنى :

وإذا كان التبرير السابق جائزاً فى حالة إعمال القضاء لفكرة النسخ الضمنى للنص القديم (كأسلوب تفسيرى) فى حالات التعارض عند صدور نص جديد يحكم ذات المسألة. فإن النسخ الضمنى لا يمكن تقريره قضائياً، من وجهة نظرنا، للنص المحدث وإبقاء العمل بالنص القديم، إذ فى هذه الحالة العكسية يعد استخدام القضاء لفكرة النسخ الضمنى تعدياً على سلطة المشرع وافتئاتاً عليها فى صميم اختصاصها، إذا كان التعارض الذى أفضى إلى النسخ بين نصين تشريعيين، أو تدخلا فى وظيفة القضاء الدستورى الذى له دون غيره الرقابة على دستورية القوانين، إذا كان التعارض بين نص دستورى ونص تشريعى، ويعنى ذلك تعطيل النص الجديد الصادر من السلطة المختصة بالتشريع تحت ستار تفسير غير مبرر قانوناً.

والجدير بالذكر أن الحالات التى استعملت فيها المحكمة العليا النسخ الضمنى لنص لاحق بنص سابق ناسخ هى دوما متعلقة بنص دستورى، أى هى فى حقيقتها رقابة على دستورية القانون اللاحق، وهو ما يثير التساؤل حول العلاقة بين المحكمتين العليين النقض والدستورية، ورصد نوع من الحساسية بينهما أدى إلى تصدى محكمة النقض لبحث دستورية النصوص تحت ستار النسخ الضمنى بدلاً من إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية، وهو ما حاولنا أن نلقى عليه بعض الضوء فى حدود ما تتطلبه الدراسة[2].

---

[1] راجع دراستنا لهذه القاعدة بالتفصيل ضمن قواعد المنهج اللغوى بهذا الباب.

[2] راجع تحليلنا للعلاقة من الناحية العملية بين المحكمتين فى الباب الأول من هذه الدراسة .

وقد كان من الجائز، فى رأينا، أن تلجأ المحكمة العليا إلى قاعدة الاستثناء الضمنى فى إطار القواعد الأصولية التفسيرية الشرعية والقانونية التى ذكرناها آنفاً، لاستبعاد تطبيق النص الغير متماشى مع أحكام الدستور دون أن تدخل أو تتداخل فى مجال الرقابة الدستورية على القوانين .

المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المنوط بها، دون غيرها، مهمة الرقابة على دستورية القوانين، مؤداه، ليس لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص، ما لم يقض بعدم دستوريته. إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليها، تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية، المادتان ١/١٧٥من الدستور، ٢٩من ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩[١].

فكرة الانعدام كحل للتعارض بين النصوص

الانعدام والنسخ اوجه الشبه والاختلاف

- **الجدل حول الانعدام كجزاء اجرائى :**

ينادى جانب مرموق من فقهاء القانون الإجرائى بالانعدام كجزاء لحالات المخالفة الجسيمة للأنموذج القانونى الذى وضعه المشرع للعمل الإجرائى، ونقطة البدء لدى هذا الجانب من الفقهاء أن العمل الإجرائى لكى يتصف بالصحة أو البطلان، يجب أن يوجد، فإذا لم يوجد فإنه لا يمكن منطقياً أن نطلق أحد هذين التكييفين عليه، ويشبه فقهاء هذا الاتجاه العمل الإجرائى بالكائن الحى: فالشخص الطبيعى لا يمكن أن يوصف بالصحة أو بالمرض إلا إذا كان الحياة، وبغير وجود الحياة، فإن من غير المعقول أن يقال أنه صحيح أو المريض[٢].

- **أمثلة الانعدام :**

ومن أمثلة الانعدام التى يضربها أنصار فكرة الانعدام تذكر: الأمر الصادر من قاضى التحقيق بالإفراج عن المتهم محتوياً على أسباب هذا الإفراج، دون

---

[١] الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ ق " **أحوال شخصية** " جلسة ١٩٩٧/٥/٢٦.

[٢] انظر فى عرض نظرية الانعدام بصفة عامة : فتحى الوالى : **المرجع السابق** ، ص ٤٦٠ ، فقرة ٢٥١ ، مع ملاحظة أن هذا الفقيه لا يسلم بهذه النظرية ويحمل لواء إنكارها فى الفقه المصرى ،وانظر فى فكرة الانعدام فى مجال العمل القضائى د / وجدى راغب فهمى : **النظرية العامة للعمل القضائى** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٩٧ وما بعدها ، حيث يدافع عن نظرية الانعدام .

أن يتضمن الأمر ذاته الصادر بالإفراج، وإعلان ورقة بيضاء لا تحمل سوى إمضاء المحضر، والعمل الإجرائى الموضع عليه بتوقيع مطبوع[1].

والعمل القضائى الصادر من محكمة لم تشكل تشكيلاً صحيحاً، أو الصادر دون تدخل النيابة العامة، إذا كان اشتراكها فيه يوجبه القانون، أو الصادر دون تدخل المتهم فى الحالات وبالطرق التى يحددها القانون، أو إذا كان دون تدخل المتهم فى الحالات وبالطرق التى يحددها القانون، أو إذا كان العمل الإجرائى لم ينظمه، أو إذا كان القانون ينظمه، ولكنه تضمن عنصراً يخالف ما نص عليه هذا القانون، ومثاله الأمر الجنائى الذى يصدره وكيل النائب العام فى غير الحالات التى تدخل فى اختصاصه، والأحكام المستحيل تنفيذها، وتلك التى تقضى عقوبة لا يعرفها قانون العقوبات، والحكم الذى ينقصه المنطوق، وجزء من أسبابه والتوقيع والتاريخ[2]. والحكم الصادر ممن لا تتوفر فيه صفة القضاء، أو الذى يقضى بإدانة شخص لا تجوز محاكمته بسبب صغر سنه، أو لظروف أخرى، أو يقضى بمعاقبة المتهم عن فعل لا يعاقب عليه القانون، والحكم الذى لا يصدر فى المكان الذى يجب فعل لا يعاقب عليه القانون، والحكم الذى لا يصدر فى المكان الذى يجب صدوره فيه وهن الجلسة، أو الذى يغفل النطق به، أو يحرر على ورقة مهملة[3]. أو إذا كان صادراً فى خصومه غير منعقدة، أو كان الحكم غير مكتوب، أو إذا تخلفت الإرادة فى العمل الإجرائى، كأن يتقدم المجنى عليه المجنون بشكوى فى الجرائم التى يتوقف فيها تحريك الدعوى العامة على شكوى من المجنى عليه، أو إغفال التوقيع على السند المثبت للنشاط الإجرائى ممن باشره[4]، وعدم إحالة الأوراق إلى المفتى قبل الحكم بالإعدام، وعدم حضور محام عن المتهم فى جناية أمام محكمة الجنايات، أو إذا لم يسمح المحقق بغير مقتض لمحامى المتهم بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة، أو إذا لم يدع محامى المتهم فى جناية لحضور الاستجواب والمواجهة[5].

---

[1] أمثلة ساقها الفقيه الايطالى Florian وقد أشار إليه أستاذنا د / أحمد فتحى سرور : **المرجع السابق**، ص١٨٠، فقرة ١٢٨ .

[2] Pannain, Loc. Cit. وقد أشار إليه د / أحمد فتحى سرور : **المرجع السابق** ، ص ١٨١، فقرة ١٢٩ .

[3] أمثلة يضربها فى الفقه الفرنسى : Stephani (Glasser), la nullite absolue des jugements criminels, R, de Dr. Pen. De la Crim.,١٩٢٨, p.١٢٥.

[4] د / أحمد فتحى سرور : **المرجع السابق** ، ص ١٩٥.

[5] د / محمود محمود مصطفى : **شرح قانون الإجراءات الجنائية** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٨ .

وفى هذا الإطار قررت محكمتنا الموقرة " القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين. عدم تعيين الجهة المختصة بإصدارها لرئيس الجمهورية أو من يفوضه إصدارها. شرطه. أن تكون فى نطاق التفويض القانونى، مخالفة ذلك أثره، انعدام هذه القرارات، المادتان ١٤٤ ، ١٥٦ من الدستور"[١].

واستطردت المحكمة العليا فى هذا الاتجاه مقررة " انعدام الأمر العسكرى الذى يتمخض اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية "[٢].

ولأهمية هذا الحكم نسوق طرفاً من أسبابه إذ قررت المحكمة العليا "وحيث أن الأمر العسكرى الذى تساند إليه طعن النيابة العامة قد أشار فى ديباجته إلى صدوره لمقتضيات صيانة الأمن، وما تقتضيه ضرورات المحافظة على النظام العام، ودرءاً لاستغلال كوارث الطبيعة فى العدوان على الأموال العامة والخاصة، والعبث بأرواح الناس وسلامتهم، ثم نص فى المادة الأولى على أن "يحظر ارتكاب أى فعل من الأفعال الآتية"، وأردف ذلك ببيان الأفعال المحظورة فى بنود متتابعة، من بينها ما نص عليه فى البند ٤ بقوله "الامتناع أو التراخى فى تنفيذ أو متابعة تنفيذ القرارات، والأحكام النهائية الصادرة بوقف أو تصحيح أو إزالة أعمال البناء المخالفة للقانون" ونص الأمر فى المادة الثانية على أن "يعاقب على مخالفة حكم المادة السابقة بالسجن مدة لا تقل عن سبع سنوات، وعلى أن تكون العقوبة الأشغال الشاقة التى لا تقل مدتها عن سبع سنوات إذا توافر ظرف من الظروف المشددة التى عددها النص.

وحيث أن المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢لسنة ١٩٥٨، بشأن حالة الطوارئ المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢تنص على أنه "لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص:

وضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور فى أماكن أو أوقات معينة، والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم، والترخيص فى تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. الأمر بمراقبة الرسائل أياً كان نوعها ومراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات.

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية توسيع دائرة الحقوق المبنية فى الفقرة السابقة، على أن يعرض هذا القرار على مجلس الشعب فى المواعيد وطبقاً

---

[١] الطعن رقم ٣٣٨١ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١١ . لم ينشر بعد .

[٢] الطعن رقم ٣٢٢١٧ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١١ . لم ينشر بعد .

للأحكام المنصوص عليها فى المادة السابقة، ولئن كانت الأمور التى عددها هذا النص قد وردت على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، وأن للحاكم العسكرى العام ولمن ينوب عنه سلطة تقديرية لا تقف عند حد هذه التدابير، فله أن يجاوزها ويتخذ ما يراه من تدابير فإن ذلك مشروطاً بأن تكون التدابير التى يتخذها ضرورية ولازمة للمحافظة على الأمن والنظام العام، فإذا أراد مجاوزة ذلك النطاق والتوسعة من سلطانه. فإن أداة ذلك أن يصدر قرار من رئيس الجمهورية بتوسعة دائرة الحقوق المشار إليها، على أن يعرض على مجلس الشعب لإقراره وفقاً للإجراءات المنصوص عليها بالمادة الثانية من قانون الطوارئ، كما أن نص المادة الثالثة المذكورة إن أجاز فى البند الأول منه للحاكم العسكرى العام أو نائبه عدم التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية فى وضع قيود على حرية الأشخاص، وتفتيش الأماكن، إلا أنه لم يجعل من سلطاته تعديل القوانين السارية حيث يظل تعديلها حرما مصوناً للسلطة التشريعية تجربة وفقاً للإجراءات التى رسمها الدستور. لما كان ذلك وكان من المقرر أن الصلاحيات المخولة للحاكم العسكرى العام أو لمن ينيبه هى سلطات استثنائية مقصود بها مواجهة الظروف التى استوجبت إعلان حالة الطوارئ. ومن ثم فهى تقدر بقدر تلك الظروف وفى حدود النص الذى صرح بها، فإذا خرجت سلطات الطوارئ عن هذه الحدود اتسمت أعمالها بعدم المشروعية، وتعيبت أوامرها بعيب البطلان. غير أن عدم المشروعية إذا كان ناشئاً عن تجاوز صارخ وجسيم لاختصاص سلطات الطوارئ بأن تمخض اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية أو السلطة القضائية، فإن الأوامر التى تصدر مشوبة بهذا العيب تقع فى حمأة الغضب وتنحدر إلى حد الانعدام، وهو عيب يجعل تلك الأوامر معدومة الأثر قانوناً، وإن أبقى عليها فى عداد الأعمال المادية التى قد يترتب عليها مسئولية مصدرها، ولذى الشأن ألا يعتد بالأمر المعدوم، وعلى جهات الإدارة والقضاء أن تعرض عما تضمنه من أحكام وكأنه لا وجود له، لما كان ذلك، وكان ما ورد بالبند الرابع من المادة الأولى من أمر نائب الحاكم العسكرى العام، على نحو كما سلف بيانه لا يدخل فى عداد المسائل التى حددتها المادة الثالثة من قانون الطوارئ ولا فى عداد أمثالها، ولا هو متصل بالمحافظة على الأمن والنظام العام، وإنما يتصل باحترام القرارات والأحكام التى تصدر من الجهات المختصة فى شأن أعمال البناء المخالفة للقانون، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن الأفعال التى تناولها هذا البند محظورة من قبل صدوره بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦على ما سيجئ، ولم يستحدث أمر نائب الحاكم العسكرى العام تكليف الناس بها، وإنما استحدث تعديل العقوبة التى رصدها المشرع لمن يخالف أحكامه بشأنها، وهو أمر لم يخوله إياه قانون الطوارئ، وبناء على ذلك، فإن أمر نائب الحاكم العسكرى العام رقم ٤

لســـنة١٩٩٢فيما نص عليه بالبند ٤ من المادة الأولى، وبالمادة الثانية منه من توقيع عقوبـة الجنـايـة على من يتمتع عن تنفيـذ القرارات والأحكـام النهـائيـة الصـــادرة بوقف أو تصـــحيح أو إزالة أعمال البناء بالمخالفة للقانون يكون قد اغتصب السلطة التشريعية، فجاء ما نص عليه، فى هذا الصدد معدوماً ويتعين بالتالىالالتفات عنه.

- **رأينا فى الموضوع :**
- **وضع الحدود الصحيحة القضاء الحديث للنقض :**

يمكننى أن أقرر من اســتقراء أحكـام محكمتنـا الموقرة بوجود مبـادئ ومحددات عامة تسير عليها المحكمة العليا عند نشوب تعارض بين النصـوص وهى كالتالى :

أولاً : ســـار قضـــاء محكمتنا العليا على أنه إذا " تعارض النص الخاص مع النص العام، وجوب تطبيق النص الخاص"[1].

ثانياً : كذلك قررت " أن النص العام لا يلغى ضـــمناً النص الوارد فى قانون خاص"[2].

ثالثاً : استقر قضـاء النقض أيضـاً على "أن إلغاء النص التشـريعى المتضـمن قاعدة عامة لا يتم إلا بتشريع لاحق، ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشـــتمل على نص يتعارض مع التشـــريع القديم أو ينظم من جديد

[1] الطعن رقم ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٤.

[2] الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١١/٣.

الموضـــوع الذى ســـبق أن قرر قواعده ذلك التشـــريع. مادة ٢مدنى، المقصود بالتعارض. أن يرد النصان على محل واحد يستحيل إعمالهما فيه معاً "[1].

رابعاً : اضطرد قضاء النقض على أن "تعليق القانون حكماً من الأحكام على شرط، أثره، اعتباره عنصراً من عناصر الحق ذاته، عدم ثبوت الحكم المشروط إلا عند تحقق شرطه باعتبار أن الأثر لا يسبق المؤثر"[2].

- **الخلاصة :**

لقد تم عرض التطبيقات القضـــائية لأحوال التعارض الظاهرى وإزالته بالجمع أو الترجيح، ومدى تطبيق القضـــاء المصـــرى لطرق الجمع والتوفيق الأصـولية الشـرعية بين النصـوص الوضـعية، واسـتعراض حدود اسـتعمال القضـاء المصـرى للعامل التنسيقى بين النصوص، وأهم الضوابط فى استخدام المحكمة العليا للعامل التنسيقى أو الترجيحى بين النصـوص القانونية. والصـور المتنوعة لاسـتعمال العامل التنسـيقى بين النصـوص باسـتخدام وسـائل التفسـير سـالفة البيان بما يؤدى إلى التضـييق من مدلول النص الجنائى، واسـتعماله تارة أخرى بما يؤدى إلى التضـييق من مدلول نص والتوسـع فى مدلول نص جنائى آخر.

ورأيت أن أجمع شـعث حلول التعارض بين النصـوص فى موضـوع واحد رغم انتمائها لأكثر من منهج تفسيرى، وكان الجديد فى هذا الجزء بعد عرضـى لمبادئ وقواعد التعارض فى الفقه الأصولى الشرعى والقانونى هو محاولة تتبع أحكام محكمة النقض المســتخدمة لكل طريقة من طرق حل التعارض الثلاث بغية الوصـــول إلى اتجاه المحكمة العليا التفســيرى الذى تقرر به تعديل الاتجاه من طريقة لأخرى .

وحاولت من جهة ثانية معرفة طريقة اســتخدام المحكمة العليا لفكرة الجمع والتوفيق المعروفة فى الفقه الأصــولى الشــرعى، والمعروفة فى الفقه القانونى

[1] الطعن رقم ٣٨٦٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٤.

[2] الطعن رقم ١١٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩.

بالعامل التنسيقى بين النصوص. وتوصلت إلى نتائج جمة يحتاج الإلمام بها إلى أبحاث متخصصة فى هذه الجزئية بالذات، وقد كفانى ما توصلت إليه مؤونة التوغل فى هذه المسألة بعدما بلغت غايتى المنشودة المناسبة لهذه الدراسة. فتوصلت إلى الاتجاهات العامة التى تستخدم فيها المحكمة العليا هذا العامل التنسيقى بين النصوص عند التفسير فهى:

أولاً : تبدأ به كأول أسلوب تفسيرى تستخدمه عندما يلوح لها التعارض بين النصوص المعروضة عليها.

ثانياً : إن المحكمة العليا تتقيد باستخدام العامل التنسيقى للجمع والتوفيق دون أن تنظر إلى ما يؤدى إليه استخدامه من التضييق أو التوسيع من مدلول النص الجنائى مدار تفسيرها. إذ هى تترسم بلوغ هدفها الأسمى ألا وهو العدل. ويرتسم لديها النظام القانونى كلاً واحداً متناسق الأجزاء متسق الجنبات غايته العدل.

ثالثاً : تستخدم المحكمة العليا قواعد المنهجين اللغوى والمنطقى بحرية تامة فى تفسير النصوص التى ظاهرها التعارض. وعلى ذلك فلعلها تعمل قواعد المنهج اللغوى على نص من تلك النصوص، بينما تتشبث بقواعد المنهج المنطقى فى التفسير على النص المقابل. ولعلها تأتى بقواعد المنهج التاريخى تستعين بها فى تفسير نص ثالث، لتنتهى من كل هذا إلى عدم وجود تعارض حقيقى. ويؤدى بها التنسيق بين النصوص على هذا النهج إلى بيان معنى النص الجنائى المراد تفسيره هو على النحو الذى تنتهى إليه. وقد ضربت الأمثلة الدالة على ذلك من قضاء المحكمة العليا. كما تتبعت استعمالها للعامل التنسيقى بين النصوص فى أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية، فألفيتها تفضى إلى النتائج السابقة.

وما فعلته فى بحث طريقة الجمع والتوفيق أو ما يعرف بالعامل التنسيقى بين النصوص، فعلت مثيله فى بحث الطريقة الثانية من طرق حل التعارض ألا وهى الترجيح .

ثم أتبعت ذلك ببحث جديد فى فكرة النسخ الضمنى، ومدى موافقة استخدام محكمة النقض لها مع قواعد النسخ الأصولية الشرعية والقانونية. وبعد ذلك بحثت فى النسخ كحل نهائى فى حالات التعارض المستعصى على الجمع أو الترجيح، مع عرض لرأينا فى مدى مشروعية التفسير القضائى المستند إلى إعمال النسخ كوسيلة تفسير .

وتم عرض التطبيقات القضائية لأحوال التعارض الحقيقى (المستعصى على الجمع أو الترجيح). ومن ثم بحثت فى حدود استخدام القضاء لفكرة النسخ

الضــمنى فى التفســير كحل نهائى حتمى عند التعارض الحقيقى. ثم أوضــحت الضــوابط العامة لاســتخدام محكمة النقض للنســخ الضــمنى كأسـلوب لإنهاء التعارض الحقيقى بين النصـــوص. وأثبت بعد ذلك ملاحظاتنا على الضـــوابط التفسـيرية لاسـتعمال النسـخ المسـتقرأة فى قضـاء محكمة النقض وختمت هذا الجزء بعرض لبعض الأمثلة القضـــائية على اســتعمال القضـــاء لفكرة النســخ الضمنى كوسيلة تفسير لإزالة التعارض بين النصوص .

ومن ثم عرضـت لإزالة التعارض بين نص قانونى ونص دسـتورى، وإزالة التعارض بين نصـــين قانونيين. وأخيراً اســـتخدام النســـخ كأداة عند تفســـير النصوص الجنائية الصادرة من المشرع العادى. وتناول المثال القضائى الأول النسـخ الجزئى أى نسـخ جزء من النص وإعمال جزء، أما المثال الثانى فيشـير إلى أن التشـريع العام اللاحق لا ينسـخ ضـمناً التشـريع الخاص السـابق، بل يظل التشريع الخاص قائماً.

وهناك حالات أخرى متميزة لم يســبقنا أحد من الباحثين فى رصــدها فى اسـتعمال المحكمة العليا لفكرة النسـخ، منها إرجاء إنفاذ النسـخ الصـريح. ومنها ترديد النص فى قانون ولائحته مما يجعل نص اللائحة منســوخاً ولا أثر له. بالإضافة إلى حالة عدم إعمال مقتضى النص دون التصريح بالنسخ.

وقمت بمحاولة جديدة لتقييم اســتعمال القضــاء المصــرى لفكرة النســخ الضـــمنى، وكذلك فكرة الانعدام كحل للتعارض بين النصـــوص، وميزت بين الانعدام والنسـخ من حيث أوجه الشـبه والاختلاف فى اجتهاد غير مسـبوق، واســتخدام الانعدام كجزاء إجرائى. وفى النهاية ضــربت بعض أمثلة لقضـــاء المحكمة العليا بالانعدام لنصـوص تشـريعية. وختمت بعرض لرأينا فى وضـع الحدود الصــحيحة لصــلاحية فكرتى النســخ والانعدام للإعمال فى إطار حق القضاء فى التفسير دون الخوض فيما يمكن اعتباره تدخلاً فى الوظيفة التشريعية أو الرقابة الدستورية على القوانين.

خاتمة
فى مناهج تفسير القانون

• **مراحل التفسير :**

يقصد بالمنهج مجموعة الوسائل المتفق عليها، وذلك للوصول إلى نتيجة مهينة، وفى النظرية العامة للقانون يعتمد تحديد المنهج على خليط من الأفكار التى تتعلق بمصادر القانون، وغيرها من الأفكار التى تعين على تفسيره، أما المنطق القانونى، فهو أداة تطبيق المنهج القانونى على حالات واقعية معينة، فالمنهج يحدد الخلفية التى يتحرك المنطق على ضوئها، ولا شك فى الارتباط الوثيق بين المنهج القانونى والمنطق القانونى، فالمنهج القانونى يعين فى تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق من حيث شكلها ومن حيث مضمونها، ويسهم المنطق القانونى بعد ذلك فى إعطاء الحل القانونى لحالات واقعية، فالمنهج القانونى هو محرك النشاط القانونى كله، أما كيفية معالجة[1] هذا لحالة واقعية معينة، فإنه يتحدد بمنطق معين .

وهكذا يتضح لنا أن المنطق القانونى هو أسلوب فكرى يعالج حالات واقعية للوصول إلى حلها القانونى، وأن هذا المنطق لابد أن يكون فى إطار منهج قانونى يعين فى تحديد الحل القانونى.

فالمنطق يرتبط ويواكب دائماً المنهج إذا تطور المنهج بصورة ما، تطور تبعاً لذلك المنطق المتبع وفقاً لهذا المنهج. ولتوضيح فكرة اختلاف المناهج القانونية وأسباب اختلافها من ناحية وتطورها من أخرى.

يمكن أن نقول مع جانب من الفقه أن القانون هو الإطار القاعدى للتعبير عن المصلحة الاجتماعية، فهناك قطبان حكمان القانون القاعدة القانونية والمصلحة المحمية بالنص، وقد اعتمد رجال القانون فترة طويلة من الزمن على القطب الأول، وهو القاعدة الواردة فى النص، فشاع الاعتقاد بأن تفسير القانون يعتمد على شرح المتن وتطبيق النص، وقد أدى ذلك إلى تفوق الشكل على الواقع الاجتماعى المعبر، وقد أدى استخدام القياس المنطقى فى تفسير النصوص وفقاً لهذا المنهج إلى جعل علم القانون علماً استنتاجياً يفترض العمل بأفكار قانونية جامدة، وهو منهج يؤدى إلى أن تصبح عبارة النص هى الأساس فى عملية التفسير، وتجاهل فحواها أو روحها الاجتماعية والآثار الاجتماعية

---

[1] د/ محمد محمد منصور سلطان : ، **المرجع السابق** ، ص١١٥،١١٤.

المترتبة عليها، ولا يمكن مطلقاً الاعتماد على القياس فى هذا الإطار الشـــكلى للمنهج المذكور.

وواقع الأمر أن القواعد القانونية الجنائية خاصة، تنظم المصالح الاجتماعية بواسـطة الأفكار القانونية التى تقدمها، ولا يمكن لهذه الأفكار أن تخدم الغاية من القانون إلا إذا تكيفت مع الواقع الاجتماعى المتوفرة وقت صـدوره فحسـب، بل هى إرادة متطورة بتطور الواقع الاجتماعى.

والقانون يهدف فى حقيقة الأمر إلى حماية المصـــالح التى تشـــبع حاجات المجتمع، فيجب عند تفسير القانون مراعاة هذه المصالح وتطور مضمونها، فإن هذا التطور لا يمس وحدتها ولا ذاتيتها ، فالقاضـــى يواجه قانوناً واحداً مهما تعاقبت الأزمان وحدثت المتغيرات[1].

خلاصة الأمر إذا أن المنهج القانونى السليم، كما يرى جانب من الفقه نؤيده، هو الذى ينبع من المصـــلحة التى يحميها القاعدة القانونية لا من شـــكل هذه القاعدة، والرجوع إلى المصـلحة المحمية بالنص يكون فى مقام تحديد مضـمون القاعدة القانونية، وفى تحديد إرادة المشرع .

هذا، ولا يجوز الامتناع عن اللجوء إلى الاســـتنباط لمعرفة معنى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فى ضـوء المصـلحة المحمية، على أنه يجب ملاحظة أن صـحة الاسـتنباط تتوقف على صـحة الظاهرة المراد تفسـيرها أو تطبيقها، والخطأ هو الاعتقاد بأنه فى مسـائل القانون يمكن اسـتنباط القاعدة القانونية أو تفسـيرها بغير حدود، إذ يجب على القاضـى أن يجرى بحثاً دقيقاً على المصـلحة المراد حمايتها لتفسير النص فى ضوء هذه المصلحة.

ويتبين من جماع ما تقدم أن أول خطوة من خطوات العملية التفســيرية هى المرحلة اللغوية، والتى تهتم بألفاظ النص ثم تمر عملية التفسير بمرحلة منطقية، وهى تتضـمن استخدام عدة عوامل فى الوصـول إلى المعنى، وهذه العوامل هى **العامل العقلى**، أى البحث عن حكمة التشــريع، و**العامل التنســيقى**، وهو مكان وموقع القاعدة القانونية من النظام القانونى بأكمله، و**العامل التاريخى**، و **عامل المبادئ العامة فى القانون**، ويمكن إضافة **العامل الاجتماعى** تبعا لهذه العوامل، وهذه العوامل جميعاً تتضـامن كى يصل المفسر إلى الإحاطة بالإرادة التشريعية التى من المفترض أنها تهدف إلى حماية مصـــلحة ما، أو من زاوية أخرى الوصول إلى المصلحة المحمية من النص.

---

[1] د / محمد سليم العوا : ، **المرجع السابق** ، ص ٩١ .

وبناءً على ذلك يتضـــح أن عملية التفســـير كما يرى جانباً من الفقه[1]، بحق، تتضمن المرحلتين السابقتين: اللفظية والمنطقية بعواملهما المختلفة، ويدخل فيها عوامل وأدوات المنهج التاريخى باعتباره رافداً من المنهج المنطقى، وعلى ذلك فإن ما يسـمى بالتفسـير اللفظى وما يسـمى بالتفسـير المنطقى، وما توحى إليهما هذه التســـمية من أن هناك نوعين من التفســـير، تعبير غير دقيق، فالحقيقة أن العملية التفسيرية تتضمن المرحلتين اللفظية والمنطقية، فهى عملية عقلية علمية.

والصـفة العلمية فيها أتت من أنها تتضـمن الوسـيلة اللفظية التى تعتمد على قواعد، وفقه، ومنطق اللغة، وهذه فى ذاتها أمر علمى. وتتضـــمن العمليـة التفســيرية الوســيلة المنطقية التى تســتخدم فيها عدة عوامل ذكرناها آنفاً، وهى بدورها أيضاً تشمل الناحيتين العقلية والعلمية، أو بمعنى أخر تتصف بهما.

ومن هنا نســتطيع أن نقول مع هذا الجانب من الفقه، أن التفســير هو عملية عقلية علمية، ونؤكد أن وصـفها بأنها عملية يشـمل الوسـيلتين أو المنهجين معاً، وهاتان الوســيلتان أو المنهجان مؤســســتان، كما اتضــح على قواعد علمية منضــبطة، تظهران ماهية التفســير وطرقه ووســائله، وننتهى من ذلك إلى أن تفسير النصوص عملية عقلية علمية للكشف عن الإرادة التشريعية من النص.

- **المقارنة بين مناهج التفسير فى الشريعة والقانون :**

وبين يدى ذلك لابد من إشـارة عابرة إلى أن بين التفسـير فى الشـريعة وبين التفســـير فى القانون أشـــواطا بعيدة من التفاوت الكيفى، غير أنه ومن الناحية الموضـــوعية، يمكننا أن نقر بوجود تشـــابه فى كثير من الضـــوابط والوســـائل التفسـيرية المسـتخدمة فى الفقه الشـرعى والوضـعى، بل ويصـل أحياناً إلى حد التطابق بينهما، والتشـــابه لمســـناه فى قواعد ومبادئ المنهج المنطقى، وأما التطابق فيبدو جلياً فى قواعد المنهج اللغوى، ولا عجب فى ذلك إذ هى قواعد مستمدة من اللغة ، وقد سبق علماء الشريعة الغراء فى بحثها، وتفصيل أحكامها بما لا يدع لمستزيد مجال، فخليق بالفقه والقضـاء أن ينهلوا من هذا المعين الذى يغبطهم عليه الآخرون، والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن الفقه المقارن يفتقر إلى دراســـات متعمقة فى طرائق التفســـير اللغوى، وتكاد تخلو مكتبته من هذه الدراسات إلا من أبحاث تعد على أصابع اليد الواحدة.

ويمكن تلخيص المقارنة بينهما بالشـكل الذى يظهر أوجه التشـابه والتطابق، والذى يؤدى إلى مزيد من التواصل والتقارب الذى نصبو إليه فى النقاط التالية:

---

[1] د / رفاعى سيد سعد ، **المرجع السابق** ، ص ١٣٦ وما بعدها .

أ- من الناحية الزمنية :

كان لمناهج التفسير فى الشريعة السبق بما يزيد عن ثلاثة عشر قرناً من الزمان، حيث تأصلت هذه المناهج، وقامت راسخة البنيان، علماً قائماً بذاته فيه كل مقومات الثبات والاستقرار، والقدرة على ضبط خطوات المفسر التى تعصمه عن أى زلل أو انحراف.

ب - من الناحية الموضوعية :

نرى أن مدارس التفسير التى وجدت فى أوربا على اختلاف اتجاهات، وعلى اعترافنا بأن أفضلها المدرسة العلمية التى سلكت سبيل الجادة بين المدرستين التقليدية والتاريخية، كلها ليس فيها ضوابط تحدد ما تريده عند التفسير أو معايير تزن ما يتجه إليه القاضى أو المشرع عندما يريد أن يفسر النص، وهذه الموسوعة الفرنسية عند حديثها عن الحاجة إلى التفسير والبيان عند الإبهام فى النصوص، تعرض لنا كيف أن القانون المدنى الفرنسى قد ظهر، وهو يخلو من أية ضوابط أو قواعد فى هذا المضمار. مما جعل القاضى يفسر عند الاقتضاء تبعاً لمواهبه القانونية وحسب ذمته وإن كان ذلك تحت مراقبة محكمة النقض، ولم تطمئن الموسوعة الفرنسية إلى هذا الأمر بل أعلنت مخاوفها من التفسير الذى يقوم به القضاء دون الاستناد إلى قواعد فى التفسير وضوابط يعتمد عليها فى البيان.

أما فى الشريعة الإسلامية ففى دائرة من الضبط العلمى الدقيق، نرى مثلاً أنهم تتبعوا اللفظ فى حالات وضوحه وإبهامه، ووضعوا له الضوابط التى تتلاءم مع تدرجه فى مراحل الوضوح ومراحل الوضوح ومراحل الإبهام، حيث يستعين المفسر بها ليكون على بينة من أمره عند استنباط الحكم، فلا يحيد عن الجادة ولا يخطئ الهدف، كما تتبعوا حالات دلالة اللفظ على الحكم بشتى صورها وألوانها مبينين بجلاء ووضوح ما تعنيه كل حالة من هذه الحالات، وقوة الدلالات وتدرجها وحالات الأخذ بكل منها.

وليس ذلك فحسب بل وضعوا لكل لفظ عند نسبته إلى معناه موازين ومعايير اتسعت لحالات شموله وحقيقته ومجازه...، وما يتفرع عن ذلك من قضايا ومسائل كل ذلك فى إطار من التأويل السليم .

وهكذا تبدو تلك المناهج متكاملة بحيث يجد الباحث فى ظلها أنس الطمأنينة وروعة الدقة والضبط وإمكان استخدامها والإفادة منها على مر الأزمنة

والعصور، ما دامت العربية دمها الدافق وروحها الأصيل، وإذا كنا نكتفى الآن بالإشارة العابرة واللمحة الموجزة، فلأن موضوع الدراسة يفرض علينا ذلك، وحسبنا الإشارة لمن أراد إعداد ذاته لتطبيق الشريعة الغراء من القضاة والفقهاء، فلا غنى له عن النظر والتدرب فى هذه العلوم والمسائل.

وإن تعجب فعجب أن يضع بعض الناس أنفسهم فى موطن الحكم على قواعد التفسير فى الفقه الإسلامى، وهم على حال لا يستطيعون معها إدراك أسرار اللغة العربية، والنسب الصحيح بينها وبين الشريعة الإسلامية.

إن الباحث المنصف يرى أن من أهم ما تميز به الاستنباط فى شريعة الإسلام هذه الضوابط التى ضمنت سلامة الاتجاه فى التفسير، وإن الذين فى قلوبهم مرض يأبون إلا أن يعلنوا عن أنفسهم حتى بالانحراف عن الطريق التى تقوم على احترام قواعد المنطق، والبحث العلمى المجرد الذى لا يتأثر بما فى النفس من حاجات.

وعلى أية حال فإن قواعد التفسير فى فقهنا التى تحمل عناصر خلودها قد أثبتت وستثبت وجودها كلما أضيأت أمام رجال الفقه والقانون سبل المعرفة للصلة بهذه القواعد وتبين خصائصها الأصيلة .

ولقد يرى الباحث كثيراً من النماذج التى تدل على إفادة كبريات مؤسساتنا القضائية من هذه القواعد برد كثير من الأحكام إلى مبادئها، وهو ما يراه القارئ لهذه الدراسة من تتبع وتحليل التطبيقات القضائية، كما أن كبار رجال القانون فى العالم العربى خطوا أشواطاً واسعة فى إبراز مجموعة من قواعد علم التفسير المستمد من علم أصول الفقه، وإعطائها ما تستحق من العناية، مما يسهل إمكان استخدامها فى تفسير النصوص القانونية فى دنيا هذه الأمة التى جعلها الله خير أمة أخرجت للناس.

المبحث الختامى[١]

التحليل التفسيرى لأحكام الهيئة العامة لمحكمة النقض

مدى أخذ محكمة النقض بقواعد المناهج اللغوى والمنطقى والتاريخى

فى أحكامها الصادرة من الهيئتين مجتمعتين

ومن الهيئة العامة للمواد الجنائية

ومدى بروز مبادئ المدارس التقليدية والتاريخية والعلمية فى تلك الأحكام

[١] يعد هذا الجزء اجتهاداً جديداً فى شكله ومحتواه غير مسبوق فى دراسات القانون ، عسانى أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وتحليليها وعرضها .

- **تمهيد :**

إن الملاحظة التى ألفيناها حاضـــرة معنا منذ اللحظة الأولى التى بدأنا فيها هذه المحاولة الجديدة وغير المســبوقة فى الدراســات القانونية فى الفقه العربى والمقارن، لتحليل أحكام الهيئة العامة لمحكمتنا العليا من الناحية الأصــولية لعلم التفســير الشــرعى والقانونى، هى تداخل القواعد المنتمية للمناهج التفســيرية وتمازج تعاليم مدارسه ومذاهبه فى استخدام المحكمة العليا أثناء قيامها بالتفسير، وتقلبها الرشيد فى استخدام وسائل تلك المناهج اللغوى والمنطقى والتاريخى فى الحكم الواحد، وقد ملكت بناصــية القواعد اللغوية والمنطقية، لتتوصــل بحنكة وحكمة إلى مبتغاها ألا وهو العدل كما ارتسم فى وجدانها تحكمها دون أن تتحكم نصوص القانون. وإن كان تقرير ذلك قبل قيامنا بتحليل أحكامها يعد استباقاً منا بذكر إحدى نتائج البحث، فهو استباق فى السرد فقط وليس استباقاً للبحث.

ذلك أننى لما شرعت فى تحليل أحكام الهيئة العامة لمحكمة النقض بلوغاً لغايتى المنشودة، فوجئت بهذا التقلب الرصين المحكم بين مبادئ المناهج والمدارس التفسيرية فى الحكم الواحد، مما دعانى إلى ضم ملاحظاتى على مدى توافق مذهب المحكمة التفسيرى والذى كنت قد دونته قرين كل منهج أو مدرسة من مناهج ومدارس التفسير، ضمها جميعاً فى هذا التحليل الجامع لتلك الأحكام لفائدة هامة، بالإضافة إلى إيضاح مدى استخدام المحكمة العليا لقواعد تلك المناهج فى تفسيرها للنصوص الجنائية، ألا وهى معرفة كيفية تتابع الأخذ بالقواعد التفسيرية المنتمية لمناهج مختلفة فى قضاء المحكمة، وهل هناك ترتيب ثابت تلتزمه؟ أم هل ثم ضابط تقف عنده المحكمة فى هذا التقلب بين قواعد المناهج التفسيرية المختلفة؟ أم أن اتباع المحكمة العليا لتعاليم مدرسة بعينها وقف على نوع أو طائفة مميزة من نصوص القانون العقابى أو الإجرائى الجنائى؟

وقد جعلنا هذا المبحث وقفاً على تحليل أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية وتلك الصادرة من الهيئتين مجتمعتين، بعد أن سقنا الأمثلة القضائية على مدى أخذ المحكمة العليا بقواعد المناهج المختلفة فى أحكامها الصادرة من دوائرها الجنائية فيما سبق من هذا الباب[1].

---

[1] راجع بالتفصــيل ما ســبق حول دور محكمة النقض وعمل المكتب الفنى بها واختصــاص الهيئة العامة فى مصــر والأنظمة القانونية الأخرى . المبحث الثالث من الفصل الثالث بالباب الأول .

وقد سبق وأن أوضحنا فى المقدمة سر اختيارنا لتلك الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية أو الهيئتين، وهو اختيار بحثى غير مسبوق فى دراسات التفسير القانونى بصفة عامة والجنائى بصفة خاصة.

ذلك بأن القضاء المصرى بمختلف درجاته سرعان ما يتحول إلى الوجهة التفسيرية التى اختارتها المحكمة العليا فى وقت أو ظروف معينة. ويتجلى ذلك المفهوم فى أحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية بمحكمة النقض، إذ أن حكم الهيئة العامة للدوائر الجنائية أو الهيئتان المدنية والجنائية مجتمعتان، إنما يستلزم من قبله وجود مبدأ للمحكمة العليا غالباً ما يكون قد استقر، وسارت عليه المحاكم بكافة درجاتها اتباعاً للمحكمة العليا، ثم ترتأ محكمة النقض متمثلة، فى بداية الأمر، فى إحدى دوائرها العدول عن هذا المبدأ، وتقرير مبدأ آخر يحكم الموضوع محل البحث. وفى أحيان أخرى يكون انعقاد الهيئة العامة بسبب نص محدث جرى تفسيره بصور متباينة من عدة دوائر بالمحكمة العليا.

ويقوم المكتب الفنى بالمحكمة بدور فعال فى إحاطة كافة الدوائر بالأحكام الصادرة من كل منها، ورصد أية تناقضات فى التفسير بينها، وكتابة البحوث القانونية فى هذا الصدد، وعرضها على مستشارى المحكمة العليا.

والعدول يقتضى توسيع دائرة البحث، فتنعقد المحكمة العليا فيما يعرف بالهيئتين مجتمعتين فى الأحوال التى يوجب القانون فيها ذلك. أو الهيئة العامة لدوائر المحكمة الجنائية أو المدنية بحسب الاختصاص، لتعديل مبدأ مستقر كما سيبين فى الموضع المناسب من هذه الرسالة .

ويقتضى العدول من الناحية القانونية الفنية إيجاد المخرج العلمى والأساس المنطقى القانونى الجديد الذى تعتمده المحكمة فى فهم النص فهماً جديداً مغايراً لفهمها السابق، الذى بطبيعة الحال كان يقوم على حجج، ويؤسس على مبادئ صحيحة فى علم التفسير القانونى.

ويقتضى العدول من ناحية ثالثة الرد على الحجج التى قام عليها المبدأ المراد نسخه، وإقامة المبررات وسوق الحجج للمبدأ الجديد.

إن لحظة عدول المحكمة عن مبدأ تفسيرى إلى مبدأ جديد، هى بحق من أمتع اللحظات التى ينتظرها الباحث فى علم التفسير القانونى، كانتظار علماء الطبيعة للحظات الكسوف والخسوف النادرة الحدوث وسط ساعات طويلة من استمرارية ظواهر مألوفة وعادية.

إن مناقشة المحكمة للحجج القديمة، وتشييدها لحججها الجديدة يؤدى حتماً إلى إظهار طريقة وأسلوب المحكمة فى تفسيرها للنصوص، ويبين المبادئ والمناهج التفسيرية التى تعتنقها المحكمة، وهى بطبيعتها قواعد كلية لا تحكم

النص محل حكم الهيئة العامة فحسب، بل تحكم كافة النصوص. مما يجعل حيثيات حكم الهيئة العامة مجرد سبب مظهر لمعتقد المحكمة العليا ورأيها فى طريقة استنباط الأحكام، وتفسير النصوص وتأويلها. وهذا السرد المفصل من المحكمة العليا للطريقة التى تتبعها فى التفسير هو مما قد تستغنى المحكمة فى أحكامها العادية عن تبيانه والإطناب حوله، لعدم وجود الداعى إلى ذلك حين تنقض أو تبرم أحكام غيرها من المحاكم الأدنى الخاضعة لسلطانها القانونى أو الأدبى.

أما فى حالة أحكام الهيئة العامة فإن الأمر مختلف، فهى تعدل، أى فى الحقيقة تنقض، أحكاماً ومبادئ منسوبة إليها هى ذاتها. ومن ثم كان اختيارنا تتبع وتحليل أحكام الهيئة العامة للمحكمة العليا لدوائرها الجنائية، أو الدوائر الجنائية والمدنية مجتمعة لتكون الأساس البحثى، والنطاق النوعى فى حده الأدنى لهذه الدراسة.

إلا أننا لم نكتف بأحكام الهيئة العامة، بل جعلناها الحد الأدنى، وقد أضفنا عليها من أحكام المحكمة العليا ومبادئها الصادرة من دوائر المحكمة المعتادة ما سبق سرده عند دراسة كل منهج من مناهج التفسير مما يجعل التحليل التالى لأحكام الهيئة العامة مظهراً وكاشفاً لمدى استقرار المحكمة العليا على أسلوب تفسيرى معين. ومن ثم يبين الأسلوب التفسيرى الطارئ من ذلك الأسلوب الذى يمكن نعته الاتجاه التفسيرى المستقر أو بالمذهب التفسيرى المختار للمحكمة العليا، وهو ما نصبو إلى سبر غوره وتبيان مكنونه بهذه الدراسة. إذاً فالمنحى المختار من المحكمة العليا فى التفسير كما يبدو فى أحكام الهيئة العامة، ويكون قد تبين لنا تأييده فيما سلف بيانه من أحكام الدوائر الجنائية بالمحكمة العليا هو الذى يمكننا تقرير ثباته وكونه جزءاً من مذهب محكمة النقض فى التفسير. وأما الاتجاهات التفسيرية المتعارضة فى أساليب التفسير فسنحاول معرفة تأثير موضوع الدعوى أو طبيعة النص محل التفسير الذى اضطربت فيه الأحكام ولم تستقر، والحديث بطبيعة الحال حول طرائق التفسير وليس المبادئ القانونية التى تنتهى إليها المحكمة.

وقد رأينا أن نضرب صفحاً عن ذكر نصوص المواد مدار التفسير اكتفاءً بالأجزاء الواردة من هذه المواد فى طيات الأحكام محل البحث والتحليل، وذلك لسهولة الرجوع إلى تلك النصوص التشريعية من ناحية، ولكون هذه الدراسة تخاطب فئة متخصصة تستغنى عن ذكر هذه المواد تفصيلاً .

كما إننى لم أشأ تكرار التحليل التفسيرى للأجزاء المتشابهة من الأحكام المختلفة، ونكتفى بإلقاء الضوء على طريقة استنباط المحكمة العليا للحكم من خلال تفسيرها للنصوص بأسلوب معين. وأردت بذلك الاختصار فى ذكر الأساليب التفسيرية المكررة تبيان كم أكثر من أساليب التفسير، وعدد أوفر من قواعد التفسير التى تسير عليها المحكمة العليا دونما إطناب.

• **طريقة محكمة النقض الإجرائية فى تعديل تأويلاتها للنصوص القانونية:**

والجدير بالذكر فى مفتتح هذا الجزء من الدراسة التذكرة بأن المحكمة العليا قد عدلت عن كثير من مبادئها من خلال أحكام الدوائر مباشرة ودون اللجوء إلى طريق العرض على الهيئة العامة أو الهيئتين مجتمعتين كما نص القانون فى المادة ٤ من قانون السلطة القضائية.

ومن أمثلة عدول المحكمة النقض عن مبدأ دون عرض المسـألة على الهيئة العامة للدوائر الجنائية مذهب المحكمة فى تحديد الفاعل الأصلى ومذهبها المختار فى تعريف الشـروع وموقفها من تبيان مدلول لفظ الليل كظرف مشـدد فى جريمة السرقة وغير ذلك كثير.

والسـر عندنا فى عدم التزام دوائر المحكمة العليا بإجراء العرض على الهيئة العامة فى الأكثر من حالات عدولها عن مبدأ معين وتقرير غيره، ليس هو اعتبارها لنص المادة ٤ من قانون السـلطة القضـائية من قبيل النصـوص التنظيمية الشكلية التى لا يترتب على مخالفتها ثمة جزاء موضوعى أو إجرائى. ذلك بأن احترام المحكمة العليا لأحكام القانون ما يرتب جزاءً وما لا يرتب أمر لا شك فيه ، فهذا ديدنها الذى تقتدى بها فيه المحاكم الأدنى.

ولكن المدقق فى حالات لجوء الدوائر إلى أسـلوب العرض على الهيئة العامة لتغيير مبدأ مستقر يظهر له أن المحكمة العليا قد تواضعت على شرط ما لإعمال نص المادة ٤ سالف الذكر، ويتمثل فى **حصول التضارب بين رؤى الدوائر المختلفة لنص معين فى زمن واحد**. وبعبارة أخرى تعاصـر الخلاف بين دوائر المحكمة العليا حول تطبيق أو تأويل نص واحد، يسـتوى فى ذلك أن يكون للدوائر آراء متعددة جديدة حول نص معين أو أن يكون الخلف بينها بسبب تمسك بعض الدوائر بمبدأ مستقر فى قضاء المحكمة العليا. وبين استشعار دائرة أو دوائر أخرى الحاجة إلى تغيير هذا المبدأ المستقر. هنا تستشعر محكمتنا العليا بحسـها المرهف ووجدانها الحكيم الخوف من اهتزاز التطبيق الدائم لهدفها المحورى المتمثل فى توحيد القضـاء، وأحرى بهذا التوحيد قضـائها، فتلوذ إلى هيئتها العامة منعاً من التضـارب فى الأحكام فى الدعاوى المتماثلة المعروضـة على دوائرها فى فى ذات الفترة.

والدليل على صـحة هذا الذى نذهب إليه هو أن حالات العرض على الهيئة العامة للدوائر الجنائية لم تتعد العشـرين خلال ما يقرب من خمسـون عاما من عمر المحكمة العليا. وأن حالات إجتماع الهيئتين العامتين للمحكمة العليا لم يتعد بعد الخمس مرات. وفى مقابلة هذه المرات القليلة التى لجأت فيها المحكمة العليا لتطبيق نص المـادة ٤ المـذكور، نجـد أن حـالات عـدول المحكمـة عن مبـادئ

مستقرة لها من قبل الدوائر مباشرة تتجاوز العشرات والتى تعج بذكرها مؤلفات الفقه العربى والمقارن.

- **التحليل الوظيفى لأسلوب المحكمة العليا فى العدول عن مبادئها :**

وتتمثل صـــورة العدول من غير اللجوء للهيئة العامة فى رؤية دائرة من دوائر المحكمة العليا ضـــرورة تغيير مبدأ من مبادئ المحكمة فتصـــدر حكمها الجديد بالرأى المحدث. وبطبيعة الحال تبرر فى طيات قضـائها أسباب العدول. ويقوم المكتب الفنى لمحكمة النقض بدور مهم وفعال فى إظهار التناقض الذى أحدثه الحكم الجديد مع المبدأ المستقر القديم والتعليق العلمى المناسب والعرض السـريع على كافة الدوائر، وأعنى بالسـريع اسـتباق المكتب الفنى فى عرضـه احتمـال عرض دعوى ممـاثلـة على دائرة أخرى بـالمحكمـة حتى لا يحـدث التعارض الذى سبق وأن أشرنا إليه .

والذى يشهد له الواقع أن حالة من التوافق العام تنشأ فى معظم الحالات بين الدوائر على الحاجة إلى تغيير مبدأ ما فى توقيت معين. فتنســـجم الأحكام على الوتيرة الجديدة للحكم المحدث الذى يسبق فى تقرير هذا التغيير فلا يدعو الداعى إلى اللجوء للهيئة العامة .

وقد نلحظ أيضـــاً ملحظاً هاماً حول التقاليد القضـــائية العريقة فى مصـــر والتى أوجبت على قضـــاة المحاكم التداول العلمى البعيد عن ســـرد وقائع محددة أو ذكر خصـوم بعينهم خاصـة عند ميل القاضـى إلى الخروج عن تفسير مألوف إلى تفسير جديد.

وهذا التداول العام والمغاير للمدلول القانونى للمداولة بين قضاة الدائرة قبل الحكم والمنصوص عليه فى قانون المرافعات، أقول إن هذا التداول العلمى الحر والغير رسمى هو من الأسباب الجوهرية فى إحداث التوافق بين قضاة المحكمة العليا بالذات عند العدول عن مبدأ ما دون أن يحدث اضـــطراب، أو حاجة إلى اللجوء إلى أسلوب العرض على الهيئة العامة.

ومن الطريف أن هذا التوافق الرشيد قد دعانى لبحث مسألة التكوين العلمى والثقافى المشـــترك بين القضـــاة وما يحدثه من آثار فى الســـلوك الوظيفى لهم، وخصصت لذلك موضعاً مناسباً لهدف هذه الدراسة فى الباب الثانى.

وعلى ذلك **نخلص إلى تحرير ضـــابط نقترحه ليحدد الحالات التى تعرض على الهيئة العامة** من تلك التى تقرر فيها إحدى الدوائر العدول مباشـــرة عن مبدأ محكوم به من لدن إحدى الدوائر من قبل، فنقول:

متى تعاصـــر عرض طعون متشـــابهة الوقائع أو الدفوع القانونية، وإن لم تتشابه الوقائع، على دوائر المحكمة العليا، فعلى الدائرة التى ترى تغيير التفسير أو المبدأ المستقر أن تستطلع رأى الدوائر الأخرى بأسلوب التداول سالف الذكر، فإن اتفقت الدوائر وإلا فالعرض على الهيئة العامة يتوجب.

ويمكننا القول بأن اجتهاداتنا الســابقة بصـــدد الضــابط الذى تســير عليه المحكمة العليا. فتقرر حيناً إحالة المســألة قانونية أو المبدأ المســتقر على الهيئة العامة، وتقرر أحياناً كثيرة التغاضـــى عن العرض على الهيئة العامة، أقول إن اقتراحى هذا لا يخرج بل ويتماشى مع مبادئ المحكمة العليا فى الموضوع.

وباســـتقرائنا لقضـــاء محكمتنا العليا وجدنا تلك المبادئ تخلص فى أربعة قواعد يمكننا اعتبارها بمثابة ضـوابط للمحكمة العليا، يكملها الضـابط المقترح، فى صدد لجوء دوائرها إلى أسلوب العرض على الهيئة العامة:

أولاً : اســتقر قضـــاء محكمة النقض على أنه "حكم النقض، حيازته قوة الأمر المقضـــى فى المســألة القانونية التى فصـــل فيها، وأثره، التزام محكمة النقض بهذه الحجية، فى ذات النزاع، ولو ســبق للهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية عدولها فى نزاع آخر عن ذات المبدأ بما يخالف الحكم الناقض، أثره، يمتنع على محكمة النقض الالتجاء إلى الهيئة العامة لتقرير مبدأ يخالف الحكم الناقض عملاً بالمادة ٤ ق السلطة القضائية"[١].

ثانياً : استقر قضاء محكمة النقض على أنه "لدوائر محكمة النقض، دون غرفة المشـــورة، إذا رأت العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام ســـابقة إحالة الطعن إلى الهيئة "[٢].

ثالثاً : " الهيئة العامة للمواد الجنائية. قمة المدارج فى سـلم القضــاء الجنائى. لا تعلوها محكمة تراقبها. لا الزام عليها من غيرها من المحاكم إلا ما تلزم به نفسها . حكمها ملزم لمحكمة الموضوع الجنائية "[٣].

رابعاً: "إذا كان الثابت أن محكمة النقض بحكمها الصادر بتاريخ٢٨/١١/١٩٩٠ قد فصـلت فى مسـألة قانونية كانت محل نزاع بين طرفى الطعن. وانتهت فيها إلى أن التنازل عن المنشـــأة الطبية ينطبق عليه نص المادة٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسـنة١٩٨١... وكان الحكم المطعون فيه قد التزم – فى قضـــائه ببطلان تنازل الطاعنة الأولى للطاعن الثانى عن المنشـــأة الطبية

---

[١] الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ٦ من يناير سنة ١٩٩٤ .

[٢] الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ٢٨ /١٢/ ١٩٨٥ .

[٣] الطعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠ /١٩٩٨/١٠ .

محل النزاع – ذات الأساس القانونى الذى فصل فيه الحكم الناقض أياً ما كان وجه الرأى فيه فإنه لا يكون قد خالف القانون لما لهذا الحكم من حجية أما محكمة الإحالة عملاً بالمادة ٢٦٩من قانون المرافعات على ما سلف بيانه ولا تستطيع محكمة النقض عند نظرها للطعن الماثل أن تسلك أيضاً ما يتعارض مع تلك الحجية ...... كما لا يجديهما طلب عرض الطعن على الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية عملاً بالمادة ٤من قانون السلطة القضائية إذ لا يجوز – فى ذات النزاع- العدول عن مبدأ سبق أن قررته محكمة النقض التزاماً واحتراماً للحجية. إذ يبغى الطاعنان عدم تطبيق نص المادة ٢٠من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على التنازل عن المنشأة الطبية محل النزاع التى قضى الحكم الناقض بانطباقها ، وما أثاراه بأوجه النعى يرتطم بحجية هذا الحكم وهى تعلو على اعتبارات النظام العام حتى ولو كانت الهيئة العامة قد عدلت – فى نزاع آخر – عن هذا المبدأ بما يخالف الحكم الناقض. وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة... مخالفة حكم النقض لمبدأ قانونى سبق أن قررته أحكام سابقة دون إحالة إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية طبقاً للمادة ٤من قانون السلطة القضائية لا يترتب عليه البطلان، ومن ثم لا يصلح هذا النعى سنداً للطعن على الحكم الناقض إعمالاً لنص المادة ٢/١٤٧ من قانون المرافعات[١].

وبعد فإنى سأحاول الاجتهاد فى فهم طريقة تفسير المحكمة العليا للنصوص التى عرضت لها فى أحكام الهيئتين مجتمعتين ثم أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية منذ إنشاء المكتب الفنى للمحكمة الموقرة وحتى الآن. وإن كان من تقصير فى هذه المحاولة الجديدة فحسبى أننى وجهت نظر الفقه الجنائى، وفيه أساتذتى الأجلاء ن إلى هذا المجال الرحب ليدلوا فيه بالذى يليق بعلمهم الأوفر.

---

[١] الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ٦ /١/ ١٩٩٤ .

أولاً : الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٤٣ القضائية
جلسة ٢١ من يناير سنة ١٩٧٤
(الهيئتين مجتمعتين)

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

لم يعتبر الشارع من بيانات الحكم صدوره باسم الأمة أو الشعب، ومن ثم فإن خلو الحكم مما يفيد صدوره باسم الأمة أو الشعب لا ينال من شرعيته أو يمس ذاتيته، فلا يبطل الحكم خلوه مما يفيد صدوره باسم الأمة أو باسم الشعب.

هذا الحكم يثير مسألة مبدئية متعلقة بتفسير النصوص عامة والجنائية خاصة، ألا وهى مدلول صيغة الأمر المستخدمة فى النص الجنائى أو النص الدستورى المتعلق بموضوع جنائى، ومتى يصبح النص الآمر تقريرى؟ ومتى يصبح ذلك الأمر محمولاً على الإلزام والوجوب؟ والمدلول التقريرى لصيغة الأمر تعنى صرفه عن إيجاب فعل ما إلى مجرد البيان والإخبار عن حقيقة واقعة.

وبأسلوب آخر يمكننا التساؤل هل يجوز صرف صيغة الأمر الواردة لنص دستورى مدار الحكم عن دلالة الوجوب والإلزام إلى دلالة التقرير والبيان، وجلب قرائن للقول بالدلالة الأخيرة والانصراف عن الدلالة الأصلية لصيغة الأمر؟ ألا وهى دلالة الإلزام والتكليف للمحاكم بإصدار أحكامها باسم الأمة.

أولاً : مبررات عدول المحكمة عن أحكامها السابقة على هذا الحكم:

يبدو أن المحكمة العليا قد أخذت فى تفسيرها لذلك النص الدستورى بالوجهين، سالفى الذكر، لصيغة الأمر، وذلك على مرحلتين الأولى فى مبدئها الأول، والثانى فى مذهبها الجديد بعد عدولها عن المبدأ السابق، وذلك فى طيات حكمها الماثل.

وقبل الخوض فى الأسلوب التفسيرى الذى اتبعته المحكمة العليا فى هذا الحكم، وتوصلت به إلى التأويل الجديد الذى عدلت به عن تأويلها السابق للنص الدستورى مدار الحكم ، فإنه يجدر بنا أن نوضح رأينا للحجج والمبررات التى يمكن أن تكون أساساً منطقياً لعدول المحكمة عن تأويلها السابق على هذا الحكم، وأساساً تفسيرياً فى ذات الوقت للتأويل الجديد الذى انتهت إليه فى هذا الحكم، فنقول :

إنه لم تكن المحكمة، فيما نعتقد، غافلة عن إمكان تقييد اللفظ المطلق فى النص الدستورى، والالتفات عن كونه آمراً. ومن ثم اعتباره مقرراً كما انتهت فى الحكم الماثل. وكانت تلك النتيجة سهلة المنال باستخدام النصوص القانونية الواردة بالحكم الماثل. غير أن ذلك لو فعلته المحكمة فى سابق عهدها لكان منبئاً عن انفصام بين المحكمة العليا وبين الواقع السياسى والثقافى الذى كان المجتمع يعيشه إبان الأحكام السابقة على الحكم الماثل، وهو ما تنزهت عنه المحكمة الموقرة .

وتفصيل ما تقدم أن اختيار المحكمة للمنحى التفسيرى السابق على الحكم الماثل كان مناسباً ومنسجماً مع الظروف السياسية والاجتماعية التى سادت مصر آنذاك. حيث كانت الثورة فى مهدها الأول، وكما فى الحديث الشريف الصحيح" لكل شئ شره، ولكل شئ فترة"، فكانت شراهة الثورة فى عهدها الأول بادياً فى الحساسية الشديدة على التأكيد على ثوابتها، ومن بينها حكم الشعب، واشتراكية الحكم فى سلطاته الثلاث، ومن بينها السلطة القضائية. ومن ثم كان اشتراط تدوين صدور الأحكام باسم الشعب فى ذلك الحين ذا بعد سياسى وثقافى ونفسى عميق لكى يقتلع جذور الملكية، وما تعنيه العدالة فى كنفها من كونها هبة ملكية للأمة، ويحل المفهوم الجديد فى نفوس القضاة والمتقاضين. **ومحكمة النقض هى مرآة الأمة ونبض المجتمع وأداة بث الاستقرار فيه، فما كان لها أن تتخلف عن الركب وهى من أئمته.**

ثم ما لبث الفكر القانونى أن استقر نضجه، وأينعت ثماره، وتخلص من شراهة الثورة إلى فتور تلك الحساسية، وأضحى التفكير القانونى الهادئ يبحث عن مصلحة المجتمع المراد حمايتها من وراء كل نص قانونى. وليس من مصلحة الناس إبطال الأحكام لأخطاء مادية ونقائص شكلية لا تمس موضوع التقاضى، ولا تعتبر نقصاً فى ضمانات عدالة الأحكام أو حيادها أو غير ذلك من العلل المعتبرة فى تقييد الأحكام، فكان التغير فى تفسير النص واجباً، وكان توقيت ذلك التغير حكيماً.

ثانياً : القواعد التفسيرية المستخدمة من المحكمة العليا فى طيات هذا الحكم:

من الممكن أن نرد قضاء الحكمة العليا فى هذا إلى عدد من القواعد التفسيرية الأصولية التى التزمت المحكمة بمقتضاها وإن لم تصرح بالأخذ بها. ومن المفيد أن نعرج كذلك على ما قد يصلح سنداً للمبدأ المعدول عنه كذلك من القواعد التفسيرية الأصولية، والتى قد تعن للفقيه أو القاضى كاعتراضات على المذهب التفسيرى المختار من المحكمة العليا قبل تقرير المبدأ الجديد. وفائدة هذا الأسلوب فى تحليلنا لطريقة المحكمة العليا فى التفسير تتجلى فى إتاحة الفرصة للباحثين فى الاطلاع على التبريرات الأصولية

المنتمية لعلم التفسير القانونى والتى اتبعتها المحكمة فى الحالتين. تلك التبريرات والحجج التى ملكت المحكمة العليا زمامها، وأحسنت التقلب فيما بينها كلما تغيرت الظروف وتطورت حاجات المجتمع الذى يستظل بظل عدلها الوارف.

وعلى ما تقدم يمكننا أن نتصـــور المحكمة العليا قد اتبعت الأسـلوب التفسيرى الآتى :

بدأت المحكمة بالنظر إلى الظروف السياسية والاجتماعية فألفتها قد تغيرت تغيراً مؤثراً عما كانت عليه إبان أحكامها السـابقة المعدول عنها بالحكم الماثل[1]. ومراعاة المحكمة لتغير الظروف السـياسـية والاجتماعية للدولة هو إعمال صـريح لقواعد المنهج المنطقى فى التفسير، والتى تقرر بضـرورة تغيير تأويل النص بتغير تلك الظروف.

وقد سبق وأن سقنا العديد من الأمثلة القضائية على اتجاه مستقر فى طريقة المحكمة العليا فى التفسـير، يؤكده الحكم الماثل، باعتبار تطور وتغير الظروف الاجتماعية والسـياسـية محدداً دائماً لاختيار التفسـير المناسـب من بين عدة تفسيرات يمكن أن تصح جميعها من جهة القواعد اللغوية والمنطقية المجردة[2] .

وهذا المبدأ التفسيرى الذى تحرص المحكمة العليا على احترام مقتضاه دوماً، تستعمله باقتدار بما يؤدى إلى الغرض النهائى من عملية التفسير، ألا وهو تحقيق العدالة بمعناها الواسع والمرن والمتوازن، وكما يؤمن بها المجتمع الذى تطبق على أفراده تلك النصوص[3].

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن من القواعد التفسيرية فى الشريعة الغراء مراعاة الظروف السـياسـية والاجتماعية ومدى تغيرها عند التفسـير عما كانت عليه تلك الظروف عند وضـع النص، ومن تفريعاتها قاعدة "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب".

---

[1] الصحيح لغة أن يقال : الأحكام المعدول عن المبدأ الذى تضمنته إلى المبدأ الذى تضمنه الحكم الماثل ، ولم نشأ الإطالة فى المتن للرغبة فى توضيح الفكرة مباشرة .

[2] راجع ما سبق عند بحثنا لأساليب وقواعد المنهج المنطقى فى التفسير فى بداية هذا الباب .

[3] انظر فى مفهوم العدل عند المحكمة العليا ما سبق بالمبحث التمهيدى بالباب الأول من هذه الدراسة .

والخلاصة أن هذا المبدأ مستقر الآن عند فقهاء الأصول والقانون، وهو من قواعد المنهج المنطقى فى التفسير كما سبق البيان.

ومن ناحية ثانية : يعد التفسير المؤسس على الظروف الراهنة الاجتماعية والسياسية من تأثيرات المدرسة التاريخية من بين مدارس التفسير، بعدما غزت بأفكارها الفكر القانونى بعد زوال دولة مدرسة تقديس النص.

ومن ناحية ثالثة : يعتبر ذلك التأصيل الذى اتبعته المحكمة العليا استخداماً للقواعد الأصولية التفسيرية المنتمية للمنهجين اللغوى والمنطقى فى آن واحد.

ويلاحظ أن هناك تزيداً من جهة التأصيل التفسيرى أوقع المحكمة فيما لا ضرورة له، وقد لا يسلم من النقد. وتفصيل ذلك يبدو فى قول المحكمة العليا ما محصلته أن الانصراف إلى مدلول التقرير هو الصحيح، ولو أراد المشرع المدلول الأول لصيغة الأمر ألا وهو الإلزام لقال "يجب..."، وذلك التدليل فيه نظر من جهة اللغة ومن جهة القانون، فمن جهة اللغة : ليس كل أمر ملزم فى التشريع يلزم أن يسبقه لفظ يجب، وإلا لسقطت معظم الأوامر والنواهى فى القوانين بصفة عامة. ومن جهة القانون. لا يصح كذلك استدلال المحكمة الموقرة على النحو المذكور، فالمساواة فى الأثرين بين صياغة المادة مدار الحكم الماثل والتى فيها "تصدر الأحكام باسم الشعب، وبين صياغة المادة(١) من الدستور والتى جاءت على نحو "دين الدولة...... " هو فى حقيقته، من وجهة نظرى، مساواة فى الأثر القانونى الذى انتهت إليه المحكمة، وليس فى مدلول الألفاظ المستخدمة فى الصياغة فى المادتين.

ومن ناحية أخيرة : يمكننا تأسيس القضاء الجديد للمحكمة العليا الماثل فى هذا الحكم على القواعد الأصولية الشرعية بالطريقة التالية:

سارت المحكمة فى حكمها الماثل الجديد وفق قاعدة "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل". والإعمال هنا بمعنى تغيير مقتضى العبارة ومدلولها بما لا يخرج عن احتمالات المعنى فى اللغة. وبتطبيق هذه القاعدة نقول أن حمل اللفظ "تصدر" فى النص الدستورى على كونه بمفهوم الأمر، وهو ما ارتأته الأحكام السابقة على الحكم الماثل، متعذر الإعمال لتناقضه مع فحوى نصى المادتين ٣١٠ أج و ١٧٨ مرافعات، فيعتبرا قيدين معتبرين عند تفسير النص الدستورى يحيلان معناه إلى مفهوم التقرير وليس الأمر.

وتقييد المحكمة العليا لمدلول النص الدستورى بمدلولات نصوص قانونية أمر لا تثريب عليها فيه، بل ويتفق وصحيح قواعد التفسير فى رأيى. وذلك من عدة وجوه مستقرة فى علم التفسير:

الوجه الأول: يتمثل فى موافقة هذا الأسلوب لمبدأ وحدة النظام القانونى بالدولة ووجوب إعمال كافة التشريعات، على اختلاف درجاتها فى سلم التدرج التشريعى، بطريقة متسقة تنبئ بوحدة النظام القانونى وتؤدى إلى استقراره وتكفل تحقيق أهدافه .

وأما **الوجه الثانى :** المؤيد لاتجاه المحكمة هذا فيتمثل فى لزوم إعمال العامل التنسيقى بين النصوص إذا ما تبدى ثمة تعارض بينها. والجمع والتوفيق بين النصوص من وسائل المنهج المنطقى فى التفسير، والتى يلزم بحكم المنطق الصحيح اللجوء إليها قبل الخوض فى الحديث عن الترجيح بينها. إذ التنسيق بين النصوص يعنى إعمالها جميعاً بينما الترجيح مقتضاه تنحية أحد النصوص المتعارضة من دائرة الإعمال.

وأما الوجه الثالث فهو موافقة هذه المبادئ التفسيرية لقواعد أصول الفقه الإسلامى، كما بان لنا فى مواضع شتى من هذه الدراسة .

وفى مقابل التحليل التفسيرى السابق، يمكننا، وإتماماً للفائدة المنشودة والمحققة للهدف المراد من هذه الدراسة، يمكننا أن نحتج للأحكام المعدول عن مقتضاها بسوق الأسلوب التفسيرى الصحيح، من جهة علم التفسير، والذى يمكن أن نتصوره أساساً للمبدأ المعدول عنه، فنقول:

أن الأحكام السابقة على حكم الهيئة الماثل قد نظرت إلى عبارات النص الدستورى ومفرداته بصورة مجردة من النظر الشامل لمجموع النصوص ذات الصلة بالنص الدستورى محل التفسير. هذا من ناحية، ومن ناحية مقابلة لهذه النظرة المجردة، كانت نظرة المحكمة العليا للنص من خلال تفاعلها وتأثرها بالتطور الجذرى الذى بانت ملامحه على كافة الأصعدة السياسية والاجتماعية والثقافية للمجتمع المصرى آنذاك.

وبين النظرتين وبهما تحركت ملكات المحكمة العليا صوب النص باقتدار معهود فيها، فكان تشبثها بقواعد المنهج اللغوى فى التفسير، والتى لازمها حمل صيغة المشرع الآمرة على الإلزام. ومن ثم تقرير الأثر القانونى المعتاد فى مثل هذه الحالات وهو البطلان عند تخلف تنفيذ الأمر الوارد بالنص. وأخيراً يمكننا كذلك تأسيس هذا القضاء على قواعد أصول الفقه الشرعى، فنقول:

أن الأحكام السابقة المعدول عنها قد وافقت فى تفسيرها للنص الدستورى مضمون قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله" بمعنى أن الأصل فى كلام المشرع أنه يرتب التزامات، ومن ثم يكون آمراً للمخاطبين بأحكامه، وإخراجه عن حيز الأمر إلى حيز كونه مقرراً لحقائق ومردداً لشعارات، يعتبر إهمالاً

لمقصود المشرع الذى الأصل فى كلامه الإعمال وليس تقرير الحقائق المجردة من الأثر .

وبين الأسلوبين التفسيريين، الجائزين من جهة علم التفسير يمكننا أن نقرر:

أن القاعدتين الأصوليتين سالفتى البيان لكل منهما مجال إعمال صحيح: فالقاعدة التى اجتهدنا فى تأسيس الأحكام السابقة على حكم الهيئة عليها تعد أصلاً فى التفسير، ومن ثم أعملتها المحكمة العليا فى مجال إعمالها الصحيح، حين عزلت النص المراد تفسيره عن قالة التعارض مع غيره من النصوص، وغضت الطرف بحكمة عن مجموع نصوص النظام القانونى وتفرد أمامها النص الدستورى فى ظروف سياسية واجتماعية مستجدة، فكان تفسيرها الأول متسقاً مع قواعد التفسير ومتواكباً مع ظروف المجتمع .

ولكن سرعان ما تغيرت الظروف وتطور المجتمع فى طور نضج جديد يحرص فيه على مصالح الأفراد. ويقف عند حدود المصالح المحمية بالنصوص لا يتعداها لمأرب آخر ولو كان مأرباً مشروعاً، إذ وظيفة القضاء، بعد تمام هذا النضج، يجب أن تكون محددة فى أطرها الصحيحة والدقيقة المتمثلة فى تحقيق العدالة بالمفهوم الشامل .

لما كان ذلك فقد وجدت المحكمة العليا أساساً أصولياً تؤسس عليه مبدءها الجديد بالحكم الماثل فى القاعدة الأولى سالفة البيان، والتى هى فرع فى حقيقتها من القاعدة الأصولية "إعمال الكلام أولى..."، فجعلتها أساساً لحكمها الماثل بعدما وجدت فى أحكام النصوص القانونية الأخرى التى ذكرتها فى طيات هذا الحكم مندوحة تخرجها من أسر القاعدة الأصلية، وتجعلها تغلب المفهوم الجديد (المفهوم التقريرى للنص الدستورى) بدلاً من المفهوم التكليفى الآمر، تماشياً مع قواعد النصوص القانونية التى ساقها الحكم ومنعاً من التعارض بينها، وتماشياً من جهة أخرى مع تغير الظروف السياسية والاجتماعية التى طرأت على الدولة عما كانت عليه إبان الأحكام السابقة على هذا الحكم.

وقد يقال أن المحكمة العليا فى حكم الهيئة الماثل قد افتعلت حالة التعارض بين النصوص لكى تتمكن من بلوغ مأربها فى تعديل مبدئها المستقر بتغيير أسلوبها التفسيرى على نحو ما أسلفنا.

وقد يرد على ذلك بأن حالة التعارض كانت موجودة أصلاً ولم تفتعلها المحكمة بل فقط وضعتها داخل مجال بحثها التفسيرى فى حكم الهيئة الماثل، ومن قبله كانت تغض الطرف عنها للاعتبارات سالفة التوضيح .

وننتهى أخيراً إلى التقرير بأن المحكمة العليا قد بان لنا حرصــــها على الالتزام الدائم بمراعاة التطورات الاجتماعية والسياسية فى المبادئ التى تضعها ليستن بها القضاء فلا ينفصم عن الواقع، وهذا الالتزام مقدم لدى المحكمة على سائر الاعتبارات الأخرى.

ونطرح هنا تســاؤلاً جديراً بأن نبحث له عن إجابة تستند إلى قواعد علم التفسير ألا وهو هل القضاء حر طليق اليدين فى تحديد مجال بحثه التفسيرى؟ وبعبارة أخرى هل له أن ينظر للنص تارة بصورة مستقلة وتارة أخرى باعتباره جزءاً من المنظومة التشريعية الكاملة للدولة ؟ .

ونحن نرى من دراساتنا المتعمقة والمضنية لهذا العلم الجليل أن صحيح النظر الشـرعى والقانونى لكافة مبادئه وقواعده ونظرياته تفضــى إلى نتيجة مؤداها ضـرورة إحترام المفسـر، عند تفسـير نص ما، للمبادئ العامة للنظام القانونى الشــامل للمجتمع الذى يخضــع لأحكامه. ومن بعد ذلك فعليه احترام القواعد الأصولية المتفق عليها اللغوية منها والمنطقية. وبين هذين المحددين يجوز له التقلب بحكمة بين بقية القواعد التفســيرية التى تخرج عن الحد الســابق من القواعد المجمع على حظر الإخلال بها لسـلامة التفســير ويمكن اعتبارها قواعد ومبادئ وأفكاراً جوازية الإعمال.

ووصـفى تقلب المفسـر بين مبادئ ونظريات التفسـير فيما بعد هذا الحد الأدنى بالحكمة، أعنى به أن يكون هذا التقلب لغاية محمودة فى الشرع الحنيف ومراده فى النظام القانونى الشــامل للمجتمع، ألا وهى العدل بمعناه الشــامل. ومن ثم فيدخل فى مفهومه الحفاظ على الحريات العامة بضـــوابطها وتكريس المسـاواة بين الناس بالمعنى الفقهى والقانونى لفكرة المسـاواة، إلى غير ذلك مما لا يختلف عليه بين بنى البشــر جميعاً من حيث المبدأ. وإن تعددت الرؤى بعد ذلك فى تحديد المضمون.

وهذا العرض الســابق لمســألة مدى حرية المفســر فى التنقل والتقلب بين القواعد والأفكار التفســيرية المختلفة وضـــابط ذلك وحدوده والمشــروع منها والممنوع فى الشريعة والقانون، مما استهدفته هذه الدراسة. وقد أشرت إلى ما يفى بغايتى من هذه الدراسة، وحسبى توجيه النظر إلى المسألة وبيان رأينا فيها إجمالاً، فالتفصيل كما سلف يحتاج إلى بحث مستفيض قد نُعان عليه إن شاء الله .

والذى أردته إظهار التزام المحكمة الموقرة بالمحددين سالفى الذكر وتقلبها الرشــيد فيما جاوزهما من قواعد علم التفســير ومبادئه التى تخرج عن الحدين المذكورين .

- **خلاصة التحليل التفسيرى للحكم الماثل :**

وعلى ذلك فلقد كانت قواعد المنهج المنطقى المتمثلة فى اســتخدام العامل التنسيقى بين النصوص من ناحية، ومن ناحية ثانية مراعاة الظروف الاجتماعية والسـياسـية ومدى تغيرها عند التفسـير المحدث، كانت قواعد ذلك المنهج هى أســاس حكم الهيئة العامة الماثل مدار هذا التحليل . بينما كانت قواعد المنهج اللغوى هى الأداة التى بدأت بها المحكمة فى هذا تغيير المبدأ المعدول عنه، وتمثلت هذه القواعد بصـورة أسـاسـية فى التزام المحكمة بالقاعدة الأصـولية " بأنه إذا تعذر إعمال الكلام يهمل كأمر ويعمل كتقرير غير ملزم وغير مرتب لأثر قانونى" .

وهذا التعذر مرده إلى ما بينته المحكمة من تناقض بين النص الدســتورى فى حالة حمله على الأمر وبين ونصــوص المادتين ٣١٠ أج ، ١٧٨ مرافعات على النحو سالف التفصيل .

ثانياً : الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ القضائية
جلسة ٣٠ من مارس سنة ١٩٨٨
(الهيئتين مجتمعتين)

١-القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

لفظ "البلد" الذى لا يجوز للشخص احتجاز أكثر من مسكن فيه بغير مقتض، طبقاً للمادة الخامسة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩، والمادة الثامنة من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، إنما ينصرف إلى المدينة أو القرية وفقاً للبيان الوارد بالجداول المرافقة للقرار الجمهورى ١٧٥٥لسنة١٩٦٠، لا محل لتحديد مدلول " البلد " طبقاً لأحكام القرار الجمهورى ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

القول الخـاص بـالإلغـاء تقييـده بـالقول العـام بـالإبقـاء على نفـاذ القرار الجمهورى التابع للقانون الملغى تحت وطأة الضرورة. إن المحكمة العليا التفتت عن النص الواضـح بإلغاء القانون الذى صـدر القرار الجمهورى لسـنة ١٩٦٠ نفاذاً له، وأقرت ببقائه حتى الآن مستندة لنص عام بعدم إمكانية إعمال القرارات التالية بطريقة منبتة الصلة بتشريعات الإيجار .

إن المحكمة العليا فى هذا الحكم قد اسـتندت إلى قاعدة تفسـيرية من القواعد الأصــولية اللغوية المســتقرة، وهى أن المطلق يظل على إطلاقه ما لم يأتى ما يقيده بدليل.

إن المشكلة التى واجهتها المحكمة العليا هى النص على إلغاء القرار الجمهورى لسنة ١٩٦٠ يجعل هناك فراغ تشريعى فى نقطة هامة. إن الحل الآخر من جهة قواعد علم التفسير الذى نراه كان تبنى ما ورد بمضبطة مجلس الشعب باعتباره تفسيراً غير أن ذلك كان معناه التوسع فى التجريم فتوقفت المحكمة العليا عن السير فى هذا الطريق التفسيرى، ومن ثم ارتأت المحكمة العليا خطة تفسيرية أخرى توصلت بها إلى أن التقرير بإلغاء قانون ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ لا يعنى إلغاء القرار الجمهورى الصادر نفاذاً له، ما دام لا يتعارض مع القانون الجديد بل القانون الجديد فى حاجة إليه لاستمرار تنظيم ذات الشأن المنصوص فيه عليه (ضرورة بيان النطاق المكانى لسريان أحكامه).

هذا الذى انتهت إليه المحكمة الموقرة أخذ صريح بقواعد المنهج اللغوى، وذلك بتقييدها مدلول النص بما يحقق انحسار لدائرة الإلغاء، والإبقاء على نصوص القرار الجمهورى اللازمة لإعمال النص الجديد ونظر المحكمة العليا إلى الحكمة التشريعية. ومن ثم تصور إلغاء نصوص القرار الجمهورى اللازمة لتحقيق تلك الحكمة الكامنة وراء النصوص المستحدثة هو أخذ بقواعد المنهج المنطقى فى إطارها السليم، فالمحكمة الموقرة جعلت نصب عينيها الحكمة التشريعية المبتغاة من وراء التنظيم التشريعى الجديد وعدم إمكان تحققها إذا ما أطلقت القول بأن النصوص القانونية القديمة يتسع ليشمل نصوص القرار الجمهورى المنفذ لتلك النصوص، لأن فى ذلك إهدار للحكمة المبتغاة من التنظيم القانونى الجديد.

<u>ثالثاً : الطعن رقم ١٦٤٢ لسنة ٥٧ القضائية</u>
<u>جلسة ١٥ ديسمبر سنة ١٩٩٢</u>
<u>(الهيئتين مجتمعتين)</u>

١-القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

أشخاص القانون العام – عدا الدولة – لا تعفى من الرسوم القضائية ما لم ينص قانون إنشائها على إعفائها منها.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

- إن مدلول "الحكومة " قصد به المعنى الضيق .
- وطريقة اســتنباط المحكمة الموقرة لهذا المعنى الضــيق هو اســتخدامها لأســاليب المنهج التاريخى فى التفســير. وذلك بالاســتعانة بالمذكرات الإيضاحية لقوانين أخرى غير ذلك الوارد به النص محل التفسير.

- إن الاعتراض بنص القانون ٦٠ لسنة ١٩٦٣ ومذكراته الإيضاحية مردود بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات، والأخذ بها للتدليل على أن مراد الشارع فى القانون محل البحث هو المعنى الضيق "الحكومة".
- ويلاحظ هنا أن القانون محل التفسير أقدم من القوانين التى ذكرت المحكمة العليا نصوص منها واستندت إلى مذكراتها الإيضاحية. وهذا بطبيعة الحال تغليب من المحكمة العليا للعامل التنسيقى بين نصوص النظام القانونى الواحد. ولا يخفى أن هذا الأسلوب التفسيرى للمحكمة العليا يعد بحثاً حراً كما ترسمه المدرسة العلمية الحديثة فى التفسير. وآية ذلك أن المحكمة الموقرة لم تحاول الوقوف عند الحكمة التشريعية التى يمكن افتراضها من وراء النص مدار التفسير. بل أخذت تنظر فى قوانين تالية من تاريخ صدورها على النص محل التفسير وتبينت من هذا النظر الجامع فى منظومة القوانين ذات الصلة المعنى الذى ترى الأخذ به والوقوف عنده.
- لماذا ذكرت المحكمة قانون ٦٠ لسنة ١٩٦٣ ومذكراته رغم كونه فى غير اتجاه التفسير الذى انتهت إليه ؟
- دفع به أمامها ؟ أم إحاطة منها بالنصوص المتعلقة بالموضوع ؟ وحتى لا يستدرك عليها ...؟ كأنه يقول رغم قانون المؤسسات ومذكرته، فإن قانون المرافعات التالى له ومذكرته ومن قبله قانون إجراءات الطعن بالنقض يرشحان للأخذ بالمدلول الضيق (وهذا تركيب فى الاستدلال، وكأن المحكمة تعد النظام القانونى بأسره وحدة بشكل تام. إن هذا الاستخدام المبتكر من قبل محكمتنا العليا بالعامل التنسيقى من زوايا نادرة. وذلك بإجراء المقارنة والمفاضلة بين المذكرات الإيضاحية لقوانين متعددة ذات صلة بالموضوع على المحكمة الموقرة.

إن ملاحظاتنا على خطة المحكمة الموقرة فى المسائل الإجرائية فى الطعن التالى تنطبق هنا أيضاً.

والخلاصة أن تفسير هذا النص إجرائى المتعلق بالرسوم والأخذ بالمعنى الضيق "للحكومة" بدلالة ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانونيين سالفى الذكر لم يكن هذا التقييد فى مصلحة الطاعن. كما يلاحظ أن الطاعن هيئة وليس فرد. ومن ثم قررت أن لا عدول عن المبدأ المقرر منها من قبل.

- **ملاحظة هامة :**

إن الأخذ بالمذكرة الإيضاحية لقانون المؤسسات كان يكفى للوصول لنتيجة عكسية، وتصح من جهة التأويل. ولكن المحكمة الموقرة اختارت مذهباً آخر من جهة علم التفسير. وذلك لأنها قد رأته أنسب للظروف العامة والخاصة

المطروحة عليها. وهو ما يؤيد رأينا بضـــرورة النص على حالة عدم اختيار التأويل الأنســب كأحد حالات الطعن بالنقض بدلاً من التعميم بالخطأ فى التأويل كحالة من حالات الطعن. ومن الواضـــح أن الوجهة الأخرى التى من الممكن تفسير النص بها والوصـول إلى معنى واسع لمدلول مصطلح "الحكومة" ليس خطأ من جهة التأويل وقواعد التفســـير ولكنه "غير مناســـب" من وجهة نظر محكمة النقض.

رابعاً : الطعن رقم ١ لسنة ٣٠ القضائية
جلسة ١٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٠
"هيئة عامة "

١-القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

الحكم الصادر غيابياً من محكمة الجنايات فى جناية لا يتعلق به حق للمتهم، ولا يجوز له التمسك بالعقوبة المقضى بها غيابياً، وإنما يسقط حتماً بحضوره أو القبض عليه، وبالتالى فان محكمة الإعادة تفصل فى الدعوى بكامل حريتها غير مقيدة بشئ مما جاء بالحكم الغيابى. فلها أن تتشدد العقوبة فى غير طعن من النيابة على الحكم المذكور، كما أن لها أن تخفف العقوبة.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

إن النص محل التفســـير فى قانون الجزاء الســـورى غير أنه يعد القانون الســـارى بمصـــر باعتبارها جزءاً من الجمهورية المتحدة .... والمحكمة العليا التزمت خطتها فى النظر فى النصـــوص المتعلقة بالموضـــوع مجتمعة ومنها قانون ٥٧لسنة ٥٩.

إن هذا الحكم يلفت النظر إلى سهولة توحيد لغة القانون وطرائق الاستدلال والتأويل فى القضاء فى جميع الدول العربية.

والجدير بالذكر أنه ليس فقط مصـدر هذه السـهولة وحدة اللغة المحررة بها القوانين فى الدول العربيـة، ولكن أيضـــاً وحـدة القواعد والمعـايير والمنـاهج التفسيرية المستخدمة حتى أن بعض القوانين العربية يصرح بذلك[١].

---

[١] القانون الأردنى ينص على أن تفسير النصوص القانونية يكون طبقاً لقواعد علم أصول الفقه . أنظر فى عرض ذلك بالتفصيل د / محمد الشريف ، **المرجع السابق** ، ص ٥٧ .

إن المحكمة العليا عدلت عن استخدام التفسير الواسع رغم إمكانه باستخدام قواعد المنطق والتشابه والقياس بين المعارضة والطعن. وجنحت إلى التفسير الضيق وذلك باستخدام قواعد المنهج اللغوى. ومن ثم غلبت المدلول اللغوى، وبررت ذلك بالتناسق بين النصوص ذات الصلة، وهو استخدامها البارع المعتاد للعامل التنسيقى بين النصوص كأحد أدوات المنهج المنطقى.

- **الحكم الأول :** وذلك تطبيق لمعيارنا المقترح فى الباب الأخير فى الفرق بين التفسير الواسع والقياس (الشبه والمقارنة المنطقية رغم عدم اكتمال أركان القياس).

- **الحكم الثانى :** تفسير ضيق قوامه المدلول اللغوى القديم للنص وتعضيده بالعامل التنسيقى من قواعد المنهج اللغوى بالاستثناء لنص قانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩.

- **ملاحظات :**

إن خطة المحكمة العليا فى المسائل الإجرائية هى تثبيت القواعد العامة المفضية لحسن سير العدالة ولسلامة أكبر للمحاكمات دون اعتبار لمصلحة المتهم. ويغلب عليها التفسير الأكثر التزاماً بالمنطق القانونى.

خامساً : الطعن رقم ١ لسنة ٣١ القضائية
جلسة ١٤ من فبراير سنة ١٩٦١
" هيئة عامة "

١-القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

شرط اختصاص المحكمة الجزئية – طبقاً للمادتين ٤من قانون أصول المحاكمات الجزائية، و٤٢من قانون العقوبات السورى، بنظر دعوى التعويض المدعى به أمامها هو قيام السببية المباشرة بين الجريمة وبين الضرر، وبالتالى لا تختص بنظر طلب التعويض الذى يستند إلى عقد التأمين، فهو نزاع يتعلق بالمسئولية العقدية ومحله المحاكم المدنية.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

هذا استخدام واضح لقواعد المنهج المنطقى للتضييق من المدلول اللغوى للنص. النص قال أكثر مما ينبغى أن يقوله فوجب الحد من المدلول اللغوى لألفاظه .

إن المحكمة العليا كعادتها تفند الآراء المحتمل تناقضـــها مع ما انتهت إليه من جهة تأويل النص حتى لا يستدرك عليها. ويبين ذلك من استرسال المحكمة عقب قولها (ولا يرد على ذلك ...).

إن المحكمة العليا قد ذهبت إلى قصر قصد الشارع فى نص المادة ١٤٢ على طائفة معينة والتضـييق من مدلول النص مع كونه على العموم. وهى بذلك قامت بتخصـيص النص بالبحث فى أساس المسئولية فى الحالتين (الجريمة) و(عقد التأمين).

وقد توصلت المحكمة الموقرة إلى ما تراه تأويلاً صحيحاً للنص باعتبارها النص استثناء. وبذلك بلغت النتيجة المرجوة بتخصيص لمدلول النصلا يخلو من التحكم من وجهة نظرى .

- **ملاحظات :**

أولاً : بعض القواعد الفقهية التى اتبعت المحكمة الموقرة مقتضـــاها عند تفسير النص محل هذا الحكم :

١- قول المحكمة العليا (عدم التوسـع وقصـرها ....) هو أخذ بقاعدة المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

٢- قول المحكمة العليا (أسـاس مسـؤليتها عن العقد .....) هو أخذ بقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع .

٣- قول المحكمة العليا (مبناه الارتباط ......) هو أخذ بقاعدة التابع لا يفرد بالحكم.

٤- قول المحكمة العليا (مشروط بألا .....) هو أخذ بقاعدة ما جاز بعذر بطل بزواله.

٥- الاسـتثناء الذى أوردته المحكمة العليا هو أخذ بقاعدة المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة.

٦- تناول المحكمة الموقرة للمادتين ١٣٧ والمادة ٤ من القانونين هو إعمال لقاعدة إذا تعارض المانع والمقتضـــى يقدم المانع، على اعتبار أن نص المادة ١٣٧ هو المقتضى ونص المادة ٤ هو المانع.

ثانياً : تحليل الحكم من جهة التفسير :

بدأ الحكم بالنظر إلى قصـــد الشـــارع من نص المادة ٤، ورآه ظاهراً فى ضـــرورة قيام الســـببية المباشـــرة بين الجريمة والضـــرر. ثم جرى الحكم على منطقه باعتبار نص المادة ٤استثناءً من أصلين مكررين...، ورتب عدم التوسع فى مقتضـــى نص المادة ٤ لذلك الســـبب، وحدد نطاق إعماله لنص هذه المادة بقصد الشارع.

ومن ثم فقد اسـتخدمت المحكمة قواعد المنهج اللغوى باقتدار للوصـول إلى قصـــد الشـــارع وتحديد نطاق المادة باعتبارها اســـتثناءً. وهى فى ذلك لم تلجأ لقواعد المنهج المنطقى الذى هو الأقرب فى الاسـتعمال عند الحديث عن قصـد الشارع. فاستجلت هذا القصد ومن ظاهر مدلول النص، واعتبرته بذلك استثناءً من أصلين مقررين، ثم استخدمت قواعد المنهج اللغوى كذلك المفضية إلى عدم التوسع، وإثبات ضرورة توافر الشرط لإعمال الاستثناء، وهذا دليل على كون المحكمة العليا حتى فى بحثها عن مقاصـد المشـرع تبدأ بأدوات المنهج اللغوى وقواعده فى التفســير، ما دامت تكفيها للوصـــول إلى مرادها ألا هو التفســير الصحيح للنص ونرى هذا التزام مثالى من المحكمة فى أدائها لدورها التفسيرى للنصوص الجنائية بالبدء باستخدام قواعد المنهج اللغوى قبل غيره دائماً.

ويمكننا أن نجتهد فى تبيان طريقة المحكمة العليا فى اســتخدام تلك القواعد التفسيرية، والالتزام بها دون أن تقررها صراحة فى حكمها الماثل فنقول:

اســتنبطت المحكمة قصـد الشـارع بإعمال قاعدة "المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يكن دليل التقييد نصـــاً أو دلالة"، ثم أنه وأخذاً بقاعدة "التابع لا يفرد بالحكم"، أو فى صـياغتها الأخرى الأصـولية "التابع التابع"، وإعمالها جنباً إلى جنب مع قاعدة " المعلق على شرط يجب ثبوته"، وقاعدة "إذا سقط الأصـــل -أى غاب- ســـقط الفرع"، اســـتنبطت المحكمة على هذه الأســـس التفسيرية قولها بضرورة قيام السببية المباشرة بين الجريمة والضرر.

والمعنى المســتفاد من كل ما تقدم هو ما انتهى إليه الحكم من أنه إن لم تكن الجريمة "وهى الأصـل" السـبب المباشـر للضـرر، فلا محل لطلب التعويض "وهو الفرع".

فالأصلين المقررين بالحكم مستمدان من القانون أخذاً بقاعدة المطلق يجرى على إطلاقه سـالفة الذكر، ثم يأتى الاسـتثناء بنظر الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ليجد أسـاسـه اسـتنباطه وحدوده من النص محل الحكم فى قاعدة المعلق بشرط يثبت بثبوته، وهو تحديد المحكمة للشرط الذى قصده المشرع، ويجد هذا الاستثناء منتهاه فى قاعدتى "التابع تابع"، و"إذا سقط الأصل سقط الفرع" لتقرر بهما المحكمة عدم جواز التوسع فى الاستثناء.

ثم ما تلبث المحكمة أن ترفع الالتباس الوارد بالمادة ١٣٧ ســـالفة الذكر، وذلك باســتخدام قاعدة "إذا وجد المانع والمقتضـــى قدم المانع"، وهو هنا فحوى المادة ٤ فى إطارها المحدد لها كاســتثناء، ولذلك قدم . بينما يعتبر "المقتضـــى" المحظور إعماله هو فحوى المادة ١٣٧، ومن ثم يقيد ولا يأخذ على إطلاقه.

ثالثاً : لما كان النص المعروض لتفسيره بالحكم محل هذا التحليل من النصوص الإجرائية المحددة للاختصاص. فقد كانت المحكمة ناظرة إلى حسن سير العدالة ، واختصاصات المحاكم، وطبيعة عمل المحاكم الجنائية ، ووضع الحدود الدقيقة للدعاوى المنظورة أمامها أكثر من النظر فى مصـــالح الأطراف الخاصة متهمين كانوا أو غيرهم.

وهذه السياسة القضائية فى أحكام المحكمة العليا المتعلقة بنصوص إجرائية تجد أساسها فى القاعدتين الأصوليتين التفسيريتين الآتيتين[1]:

- **قاعدة " لولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة":**

وتفصـــيل ذلك أن ولاية القضـــاء هى الولاية العامة، وأن القضـــاء المتخصـص مدنياً كان أو جنائياً هو الولاية الخاصـة بداخلها ـــــ ومن ثم كان ضـبط الولايات الخاصـة باعتبارها الأصـل الذى إليه ترفع أقضـية الناس أولى وأقوى من الاستثناء، وهو ترك أقضية الناس ودعاويهم ترفع دون ضـابط من الاختصـاص المنضـبط تحت مظلة القضـاء كولاية عامة، فحسـن سـير العدالة وما يقتضـــيه من تنظيم اختصـــاصـــات القضـــاء، ووضـــع الضـــوابط لهذا الاختصـاص مقدم على الفصـل فى الدعوى أمام أى قضـاء كان، وترتيباً على ذلك ترد المحكمة القضية إلى قاضيها المتخصص الأصيل ضبطاً لهذا الأصل العام وحفاظاً عليه، إذ هو أولى لدى المحكمة العليا، وكما تقضـــى القاعدة الأصـولية التى نحن بصـددها أولى من الفصـل فى الدعوى لدى قضـاء غير متخصـص، ولو أدى هذا الحكم بعدم الاختصـاص إلى تأخير الفصـل فى تلك الدعوى بذاتها، وذلك يجمل بالقول إن الولاية الخاصـــة أقوى وأجدر بالتقديم من الولاية العامة.

- **قاعدة " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام":**

---

[1] راجع ما سبق بالفصل الرابع من الباب الأول وقد تناولنا فيه قدراً من القواعد الفقهية الأصولية واللغوية المناسبة لهذه الدراسة .

فالضـــرر الخاص المتمثل فى تأخر نظر الدعاوى التى يرفعها الأفراد حين ترفع بالمخالفة للقواعد والإجراءات العامة والخاصـــة بالتقاضـــى يجرى تحمله. وذلك لدفع الضرر العام المتمثل فى عدم ضبط إجراءات التقاضى بقواعد عامة مجردة. تسـهم فى ترسـيخ العدالة بما تكفله من تحقيق المســاواة فى الإجراءات بين المتقاضين بصفة عامة .

وقد بلغ من تمسـك المحكمة العليا بهاتين القاعدتين، دون تصـريح منها، أن خصـصــت قاعدة الأثر الرجعى للقانون الأصــلح للمتهم، فجاءت أحكامها مضـطردة على أن تلك القاعدة الأخيرة مجال إعمالها ينحصـر فى النصـوص الجنائية الموضوعية دون الإجرائية لتظل يدها حرة طليقة فى مجال النصوص الإجرائية لا يتذرع أمامها أحد بأى قاعدة تحول بينها وبين ضـــبط الإجراءات والحفاظ على عمومية القواعد المطبقة فى المحاكم بين الناس ترسيخاً لحسن سير العدالة.

وسـوف نعود لبحث هذه المسـألة بالتفصـيل فى الأحكام التى تناولت قاعدة الأثر الرجعى للقانون الأصـلح، وحسـبنا هنا الإشـارة إلى هذا الخط التفسـيرى العام للمحكمة العليا فى المســـائل الإجرائية، وتأكيدنا على موافقته للقواعد الأصولية الشرعية.

والخلاصـــــة أن النص مدار هذا الحكم هو نص إجرائى. وأن النتيجة التفسيرية التى انتهت إليها المحكمة العليا توصف بالتفسير ضيق، وأنه قد جاء بنتيجة ضد مصلحة المجنى عليه والمتهم بصفة عامة.

ويلاحظ كذلك أن المبدأ المعدول عنه كان يوســع فى الاســتثناء لمصــلحة المجنى عليه مع ملاحظة عدم وجود مصــلحة للمتهم فى أى من التفســيرين. إلا إذا اعتبرنا أن مقاضاة شركة التأمين أمام القضاء الجنائى فيه مصلحة ولو مؤقتة للمتهم .

كما يلاحظ أن التفسير الضيق للاستثناء، ولو على حساب أياً من أطراف الدعوى لأن النص إجرائى. والتزام ضبط القواعد الإجرائية أسبق لدى المحكمة العليا.

- **طريقة التفسير :**

إن المحكمة العليا تفضــل النظر العام إلى النظام القانونى بأســره. ومن ثم تتوصــل إلى تبيان وضــع النص محل التفســير. والتقرير بكونه "أصـــلاً" أم "اســتثناءً"، ومن ثم الأخذ بخطة المحكمة الموقرة المعتادة متى كان النص استثناء، ألا وهو التضييق من مدلوله، دون النظر إلى مصلحة المتهم أو المجنى عليه.

سادساً : الطعن رقم ٢ لسنة ٣١ القضائية
جلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٦١
" هيئة عامة "

١-القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

عرض النيابة العامة للقضايا المحكوم فيها بالإعدام على محكمة النقض بعد الميعاد القانونى المنوه عنه فى المادة ٣٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، لا يترتب عليه عدم قبول عرض النيابة العامة لتلك القضايا.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

- **طريقة التفسير :**

اتبعت محكمتنا العليا فى هذا الحكم أساليب المنهج المنطقى وقواعده. ومن ثم أطالت النظر فى مراد الشارع من النص مقررة أن الميعاد المنصوص عليه هو ميعاد تنظيمى ولا يرتب أثراً إجرائياً.

من ثم أطالت هذا الوصف بلغته المحكمة بتطبيق قواعد المنهج المنطقى بتفسير (الأمر) تفسيراً لا يفوت على المشرع مقصوده الأسمى من تقرير النص، وإلا كان مخالفة الجهة (النيابة) لأمر الشارع تضييق لمراد المشرع الذى أراد بإضافة ضمانة للمتهم.

وهذا حكم فى مسألة إجرائية، ولكن المحكمة خالفت خطتها فى تفسير النصوص الإجرائية سالفة البيان فى تحليلنا للأحكام السابقة. ومن ثم وسعت من مدلول النص لمصلحة المتهم، ومرد ذلك الاستثناء فى أسلوب تفسير المحكمة الموقرة للنصوص الإجرائية هو تعلق الأمر بعقوبة الإعدام.

- **ملاحظة هامة :**

إن استعمال المحكمة الموقرة لتعبير "درءاً للشبهة" استعمال محل نظر فى مجال التفسير، فيه قدح فى الجهة المنوط بها أداء الواجب وهى النيابة العامة، وكان الأولى أن تقول المحكمة الموقرة "دراً لمظنة التعارض" أو "دراً لاحتمال الخطأ" فى قيامها بواجبها وحقها معاً....

- فالخشية من الخطأ فى ممارسة النيابة لواجبها يبرر الأخذ بالتفسير الذى يحول دون ذلك.
- والأخذ بالتفسير المحقق لقصد الشارع وعدم تفنيد مراده كان يكفى للتدليل على الوجهة التفسيرية التى رأت المحكمة الأخذ بها. إن خطورة عقوبة الإعدام تخصيص نصوصه بأسلوب تفسيرى معين يضمن مصلحة المتهم حتى فى نصوصه الإجرائية أمر صحيح يستقيم مع مراد الشارع.
- ويلاحظ أن المبدأ المعدول عنه: هو إعمال لخطة المحكمة الأصلية فى المسائل الإجرائية كما سبق التوضيح، وهى التضييق، والتزام المدلول اللغوى، وعدم النظر فى المصلحة المجنى عليه، أو مصلحة المتهم ... كل ذلك تحقيقاً لصرامة واستدامة الإجراءات فى المسائل الجنائية بصفة عامة عند تفسير نصوصها.

- **ملاحظة :**

لفظ التخاذل فى وصف عيوب التسبيب نادر صدوره من محكمتنا الموقرة، ولم أقف عليه إلا هنا.

سابعاً : الطعن رقم ١٠٨٤ لسنة ٣٢ القضائية

جلسة ١ من يناير سنة ١٩٦٣

" هيئة عامة "

١ـ القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

إلحاق حالتى تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب بحالات السرقة البسيطة والسرقة بظروف الحصول على الورقة بالتهديد من حيث إباحة حق المعارضة فى الوفاء بقيمة الشيك.

٢ـ التحليل التفسيرى للحكم :

إننى أرى أن القياس فى حالات الإباحة قد يخالف المبدأ العام بأن لا جريمة إلا بنص، وتفصيل ذلك أنه يضيق نطاق نص التجريم والذى يحمى مصلحة، فينصرف الناس فى أمان على أساس تلك الحماية ثم تنحسر بالقياس صفة التجريم، فتقع أفعال تضر بمصلحة بعض الأفراد، وكانوا لا يحرزون لوقوعها وهذه وإن كانت حالة نادرة إلا أنها متصورة[١].

إن القاعدة الأصولية إذا أعملت المحكمة العليا مقتضاها دون أن تصرح بمنطوقها فى معرض تفسيرها للنص مدار هذا الحكم هى: إذا تعارضت مصلحتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما. أو بعبارة أخرى يختار أهون الشرين . وأصل هذه القواعد يتمثل كما أسلفنا البيان فى قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

وكذلك يعد هذا الحكم مثالاً على إعمال محكمتنا الموقرة لقاعدة "المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد"، وتفصيل ذلك أن نص المادة ٣٣٧ مطلقة ، والقيد من النصوص الأخرى غير الجنائية، ومنها نص المادة ١٤٨ من قانون التجارة . واعتبرت المحكمة العليا أن النصوص كل متسق (النظام القانونى كله).

ومن ثم أعملت الأساليب التفسيرية التالية :

---

[١] من المعلوم أن الفقه الجنائى القانونى يكاد يجمع على تأييد محكمة النقض فى مصر وفرنسا فى جواز القياس على أسباب الإباحة . ولست أرى ذلك الإجماع عند فقها الشريعة الغراء حتى لا تعطل الحدود من غير شبهة شرعية معتمدة . والمر يحتاج إلى مزيد نظر وتفصيل يخرج عن مقتضى هذه الدراسة وحسبى هنا الإشارة.

١- العامل التنسيقى .
٢- القياس فى التجريم وإن كان عرضاً، وكأساس من بين أسس أخرى وليس كأثر نهائى للحكم الماثل.
٣- القياس فى الإباحة .
٤- مدلول نظر "الشريعة" فى المادة ٦٣ عقوبات. وبعد توسع المحكمة العليا فى هذا المدلول مخالفاً للأعمال التحضيرية وللرأى السائد فقهاً .

إن مسلك المحكمة العليا فى تفسير لفظ الشريعة وكنا نرجو بقاؤه خاصاً بالشريعة الغراء لإضفاء نوعاً من الخصوصية والاعتبار القانونى للشريعة الغراء فى المحيط الجنائى). ولا يقال دفاعاً عن منحى محكمتنا العليا أن ذلك التوسع لم يلغ ذلك، بل أبقى عليه وأضاف إليه إذ التخصيص أبلغ فى تكريس المعنى والمفهوم القانونى الذى كنا نود جعله حكراً على أحكام الشريعة الغراء فى محيط القانون الجنائى بالذات.

ولا يقال كذلك بعدم الحاجة لهذه الخصوصية بعد النص الدستورى المعدل، لأنه مظلة عامة تكفى لتحقيق المعنى المراد. إذ التخصيص الذى كنا نوده من النص الوارد بالمادة ٦٣ عقوبات خاص فى المجال الجنائى. ومن ثم كان مناسباً لإحداث التوازن فى النظر القانونى العام لوجود معظم المخالفات الشرعية فى المنظومة التشريعية فى النظام القانونى المصرى فى القانون الجنائى.

وكان من الممكن للمحكمة العليا بلوغ ما تريد دون التوسع فى مدلول "الشريعة" باستخدام قواعد المنهج المنطقى وأساليب العامل التنسيقى مباشرة كما درجت على ذلك[١] .

---

[١] راجع ملاحظتنا على هذا القضاء بشئ من التفصيل فيما سبق بالمبحث الختامى للباب الأول المتعلق بالشريعة الإسلامية الغراء .

ثامناً : الطعن رقم ١٧١٨ لسنة ٣٤ القضائية
جلسة ١٨ من مايو سنة ١٩٦٥
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

خلو الحكم من تاريخ الجلسة التى صدر فيها يترتب عليه بطلانه قانوناً، ولكل ذى شأن التمسك بهذا البطلان أمام محكمة النقض عند إيداع الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الميعاد المنصوص من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩. وخلو الحكم من تاريخ إصداره لا يندرج تحت إحدى الحالات التى أجازت فيها الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون المار ذكره نقض المحكمة الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء ذاتها .

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

إن هذا النص هو نص إجرائى وسلوك المحكمة العليا خطة تفسيرية مختلفة عن تلك التى اتبعتها فى الحكم سالف البيان والصادر عن الهيئتين فيما يتعلق بأثر صدور الأحكام باسم الأمة. فهنا قررت المحكمة العليا أن خلو الحكم من تاريخ صدوره أمر يبطل الحكم. إن ترتيبها البطلان المطلق لكل ذى شأن التمسك به يدل على مدى حرص المحكمة العليا على كل "إجراء" أو "شكل" يضمن حسن سير العدالة.

ونرى أن المحكمة حسناً فعلت ذلك بأن بيان (التاريخ) يرتب آثاراً غاية فى الأهمية من الوجهة القانونية، وحسبك أثر التاريخ فى احتساب مدة التقادم ومواعيد الطعن فى الأحكام ومدد رد الاعتبار وغيرها.

إن تقرير المحكمة الموقرة لهذا الحكم القاضى ببطلان الأحكام الخالية من ذكر تاريخ صدورها هو أمر هام تبينه للمحاكم الأدنى لكى تأخذ هذا البيان الهام مأخذ الجد وتوجهها إلى عدم تركه للمعاونين والكتبة، والمحضرين والاهتمام بتدوينه بمعرفة الحكم.

إن الجديد فى هذا الحكم الشكلى الإجرائى هو اعتباره تاريخ الحكم من البيانات الجوهرية، والخروج بذلك عن الأصل المقرر فى قضاء المحكمة العليا الذى يقر بأن محضر الجلسة يكمل الحكم فى خصوص بيانات الديباجة. وهذا القضاء كان هو معتمد الأحكام المعدول عنها.

إن المحكمة الموقرة قد استظهرت مراد الشارع من المذكرة الإيضاحية لنص قديم سارى وردد النص الحالى عباراته. ومن ثم اعتبرته المحكمة العليا منبئاً عن الحكمة التشريعية الكامنة وراء النص الحالى وفسرته على هذا الأساس.

والجدير بالملاحظة فى هذا الحكم ترديد المحكمة العليا لعبارة "لا وجه للقياس على أحكام المحكمة". وفى ذلك دليل على أن المحكمة الموقرة من حيث المبدأ تجيز متابعة طريقتها فى تفسير النصوص المتشابهة. ومما يؤكد ذلك قول المحكمة أنها تعتنى بالنصوص المتعلقة بعقوبة الإعدام عناية خاصة. ثم قولها "والقياس على ما جرى عليه أحكامها". وهو ما يعنى من وجهة نظرى توجيه المحاكم الأدنى وكذلك قضاء دوائرها إلى الأخذ بذات الأسلوب التفسيرى المستخدم، وذلك يقتضى تشابه النصين أو تقارب الموضوع أو وحدته. وذلك الأسلوب لا شك عندى فى أنه مفيد للمحاكم الدنيا ولدوائر المحكمة ذاتها تحقيقاً للغاية من وجود المحكمة العليا، وهو توحيد التفسير القانونى.

تاسعاً : الطعن رقم ١١٦٧ لسنة ٣٥ القضائية
جلسة ١٧ مايو سنة ١٩٦٦
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

ولاية مدير عام مصلحة الجمارك – فيما يتعلق بطلب اتخاذ الإجراءات فى جريمة التهريب أو رفع الدعوى الجنائية – ولاية عامة تجيز له إصدار تفويض عام لغيره فيما له من حق الطلب، أما الطلب نفسه فيجب أن يكون فى كل قضية على حدة، وأن المقصود بالإجراءات فى الدعوى الجنائية التى اشترطت المادة ٤ من القانون ٦٢٣ لسنة ١٩٥٥ بأحكام التهريب الجمركى، لاتخاذها، تقديم طلب كتابى من الهيئة أو المصلحة المجنى عليها، هى إجراءات التحقيق الذى تجريه النيابة العامة دون غيرها سواء بذاتها أو بمن تنتدبه لهذا الغرض، أو رفع الدعوى أمام جهات الحكم. إجراءات الاستدلال ولو فى حالة التلبس لا يرد عليها قيد الشارع فى توقفه على الطلب.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

ما يلفت النظر فى هذا الحكم الإجرائى استعمال المحكمة العليا فيه العامل التنسيقى كأحد أساليب المنهج المنطقى الذى برعت محكمتنا العليا فى استعماله. والجديد هنا تقرير المحكمة الموقرة لمبدأ تفسيرى هام ضابط يمكن أن يسترشد به القضاء الأدنى وكذلك قضاء دوائرها المختلفة، ألا وهو النظر فى الصياغات التشريعية المتشابهة واعتبارها دليلاً على تشابه معانيها، وكذلك تشابه مقاصد الشارع فيها جميعاً وإن لم تتعاصر فى تاريخ صدورها.

وكأن المحكمة العليا تتصور أن المشرع يراجع صياغته التشريعية لما صدر عنه من تشريعات ذات صلة أو يجمعها وحدة الموضوع. ومن ثم لا يتصور أن يصدر عنه تشريعات متحدة فى الموضوع وبصياغة متشابهة إلا وهو يعنى من ذلك وحدة التأويل والمعنى المستقى منها جميعاً.

وهناك مبدأ تفسيرى آخر قررته المحكمة العليا فى طيات حكمها الماثل، ألا وهو أن اختلاف الموضوع يستتبع مغايرة الحكم المستقى من كل نص من نصين يكونان متشابهين فى الصياغة ومختلفين فى الموضوع. وآية ذلك هنا عدم التسوية بين الطلب والإنابة فى قانون التهريب لا وجه للقياس على الإنابة

فى قانون الإجراءات لاختلاف النصــوص التى تحكم موضــوع كل منهما مما استتبع المغايرة فى الحكم.

إن تقرير المحكمة العليا أن نصوص الطلب والإذن والشكوى هى استثناء من أصل عام. ومن ثم تقريرها التضييق فى تفسير هذه النصوص يعنى التشبث بالمدلول اللغوى، وعدم الخوض فى البحث عن الحكمة التشــريعية والمصــلحة المحمية وإرادة المشرع وغير ذلك من أساليب المنهج المنطقى فى التفسير.

<u>عاشراً : الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٣٦ القضائية</u>
<u>جلسة ٢٠ من ديسمبر سنة ١٩٦٦</u>
<u>" هيئة عامة "</u>

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

عدم جواز الحكم بوقف تنفيذ العقوبات الواردة بقرارات وزير التموين الصــادرة تنفيذاً للمادة ٥٦ من المرســوم بقانون رقم ٩٥ لســنة ١٩٤٥المعدلة بالمرســوم بقانون رقم ٢٥٠لســنة ١٩٥٢، ومنها قرار وزير التموين رقم ٥٠٤ لسنة ١٩٤٥.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

هذا الحكم يتعرض لنصوص واردة فى قوانين عقابية خاصــة. والحكم يقيد حق القاضــى فى استعمال حقه الأصــيل فى وقف التنفيذ كلما رأى له ما يبرره. والقانون جعل من سلطة القاضى فى وقف تنفيذ العقوبة التى يقف بها أسلوباً من أساليب تحرير القاضى الجنائى من ربقة أحكام صماء تكون جائزة أحياناً بالنظر إلى ظروف خاصة للمتهم أو ظروف متعلقة بالواقعة .

إن المحكمة العليا قد نظرت فى التفسيرين المعروضين عليها ومدى تحقق مراد الشارع ومدى احترامه أو تفويته فى حالة الأخذ بأى منهما.

وكعادة محكمتنا الموقرة فإن الحكم يتعرض لمســألة قانونية رغم عدم جدواها فى بناء وتســبيب الحكم النهائى. وذلك كما رأيناه فى الأحكام الســابقة يكون بقصد الرد على ما قد يثيره الرأى الذى ستعتنقه من آراء معارضة فتعمل المحكمة على الرد عليها فى أسبابها.

- **طريقة التفسير :**

قامت المحكمة العليا بالإحالة لفهم المعروض إلى القانون المفوض للوزير والتقرير بسريان أحكامه على قراراته من باب تحقيق غاية المشرع. وذلك إعمالاً لأسلوب المنهج المنطقى فى التفسير، وبذلك توصلت إلى أن وقف التنفيذ مستبعد بهذا النص الخاص رغم كونه مقرر فى القانون الجنائى (العام).

إن المحكمة العليا آثرت التضييق فى تفسير النص لتتوصل إلى غل يد القاضى عن وقف تنفيذ العقوبة.

والوسيلة التفسيرية التى تمكنت بها المحكمة العليا من ذلك هى:

١- نظرها فى النصوص مجتمعة بارعة كعادتها فى استعمال العامل التنسيقى بين النصوص.

٢- استجلاء المحكمة الموقرة للحكمة التشريعية ومدى تحقيقها من كلا التفسيرين المعروضين عليها، واختيار ما يحقق مراد الشارع من وجهة نظرها المحكمة العليا قد جعلت الظروف السياسية والاجتماعية المعاصرة لوقت الحكم محدداً لها فى تفهم الحكمة من النص. ومن ثم فقد آثرت التفسير الذى يحقق الردع والزجر. وبالتالى غلت يد القضاة عن استعمال سلطتهم فى وقف تنفيذ تلك العقوبات.

ورغم كون هذا التفسير فى غير صالح المتهمين إلا أنه ترجح لديها تحقيقاً للعدالة بمعناها المتوازن الشامل الذى سبق وأن عرضناه له، والذى لا ينظر إلى مصلحة المتهم على حساب مصلحة المجتمع. إن هذا القضاء يدل على ترجح معنى المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لدى محكمتنا الموقرة عند تفسير النصوص الجنائية .

وبعبارة أخرى فإن النتيجة النهائية لعملية التفسير أفضت إلى التوسع فى تقييد حق القضاء فى الحكم مع وقف التنفيذ رغم أنه هو الأصل، أى التوسع فى معنى النص فى غير صالح المتهم للظروف الاجتماعية والسياسية السائدة آنذاك وهى كما هو معلوم ظروف حرب واستعداد للحرب. وتأثير الظروف على التفسير هو من بين أساليب المنهج المنطقى فى التفسير كما سلف البيان.

الحادى عشر : الطعن رقم ١٤٩٨ لسنة ٣٠ القضائية
" هيئة عامة "
جلسة ٧ من إبريل سنة ١٩٨١

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

نص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٨ المعدل للقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر، لم يلغ جرائم حيازة أو إحراز الأسلحة النارية، أو الذخائر بغير ترخيص، أو يخفف عقابها، أو يدفع من مقارفها مسئوليته. وإنما رفع العقاب فى الفترة المحددة به عن الحالات التى تتوافر فيها شروط الإعفاء تشجيعاً للمواطنين على تسليم ما لديهم من أسلحة وذخائر غير مرخص بها ولو كانوا سارقين أو مخفين لها. ومن ثم لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم، ولا يسرى على الوقائع السابقة على صدوره، فلا يعتبر قانوناً أصلح لمن تم ضبطه قبل العمل بأحكامه محرزاً أو حائزاً لأسلحة أو ذخائر بغير ترخيص.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

- النصوص القانونية مدار الحكم الماثل و الأسلوب التفسيرى المستخدم على النص القانونى فى سياق الحكم يثير تساؤل مؤداه لماذا لجأت الدائرة إلى الهيئة العامة دون أن تجتهد هى ذاتها رغم عدم وجود تضارب فى أحكام الدوائر؟ .
- ويتضح من النظر فى هذا الحكم أننا بصدد تفسير جديد لنص ومسألة قانونية معروضة على الهيئة ابتداءً ليس للمحكمة اتجاهاً سابقاً فيها.
- المحكمة تفصح عن رأيها فى قاعدة القانون الأصلح للمتهم وحدودها.
- قصر القاعدة على القانون الموضوعى دون الإجرائى.
- تغليب المحكمة لمفاهيم حسن سير العدالة على المصالح الخاصة لأطراف الخصومة.
- وهذا القصر الذى قررته المحكمة هل هو تقييد للمطلق بنصوص أخرى أم فقط بما تقضى به قواعد اللغة من ألفاظ النص؟.
- ثم إنه يجدز بنا النظر إلى حدود النطاق الزمانى للنص المعروض وكيف حددته المحكمة.
- ثم يحملنا التحليل إلى مسألة أخرى هامة ألا وهى نوعية الجريمة محل النص، وهل له أثر فى تفسير المحكمة ؟
- ونحن لا يسعنا الفصل فى كل هذه التساؤلات بشكل جازم وحسبنا شحذ الهمة وتوجيه النظر. إلا إنه يمكن رسم محددات عامة لأسلوب المجكمة التفسيرى فى هذا الحكم بالقول إن المذكرة الإيضاحية تظهر العلة

بوضـــوح، كما أن التضـــييق فى تفســـير النص مرده أنه اســـتثناء على الأصل العام.

<u>الثانى عشر : الطعن رقم ٨٦٨ لسنة ٥٤القضائية</u>
<u>جلسة ٢٩ من يناير سنة ١٩٨٥</u>
<u>" هيئة عامة "</u>

١ـ القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

التعويضـــات المنصـــوص عليها فى قوانين الضـــرائب والرســـوم، عقوبات تكميلية تنطوى على عنصر التعويض. أثره. إجازة تدخل مصلحة الجمارك أمام المحاكم الجنائية بطلب التعويض المستحق عن جرائم التهريب الجمركى وحقها فى الطعن على الأحكام الصادرة بشأن هذا التعويض.

إن المحكمة الموقرة قد مارست سلطة التفسير بأساليب متعددة أفضت بها إلى نتائج متباينة فى تفسير ذات النص. فيبدو التضييق فى التفسير جلياً فى قول المحكمة العليا " لا تسرى بشأنها .." بينما يبدو التوسع فى التفسير واضحاً فى قول المحكمة الموقرة " بجواز تدخل الخزانة ..". وبذلك لم تســـلم المحكمة الموقرة بضرورة التزامها خطأ تفسيرياً واحداً صوب التضييق أو التوسع عند تحديد مدلول وطبيعة العقوبات المنطوية على تعويض .

ويبين من ذلك مدى السعة والشمول اللذان تنظر بهما المحكمة الموقرة إلى أهداف النظام القانونى، ومدى تطابقها مع المصـالح الجزئية المشـمولة بالرعاية من خلال نصـــوص معينة. وتحاول المحكمة تحقيق تلك المصـــالح المحمية من وراء النصـــــوص فى إطار حماية ورعاية تحقيق الأهداف العامة الكلية للنظام القانونى بأسره.

ومحكمتنا الموقرة فى سبيل ذلك تتقلب كيف شاءت فى هذا التقلب والتنويع فى أساليب التفسيرية سوى الهدف الأسمى الذى لا تنفك تنشده وتطلبه، ألا وهو تحقيق العدالة بمعناها المتكامل المتوازن.

ويبدو التزام المحكمة العليا بالوصـف القانونى الذى أسـبغه المشـرع على المبلغ الذى يحكم به لصالح الخزانة وترتيب الآثار القانونية وفقاً لذلك. فالمشرع أســبغ وصــف "التعويضـــات" على تلك المبالغ رغم عدم توافر بعض ســمات وصـفات التعويض كما فى القانون والمحكمة الموقرة تابعت المشـرع فيما أراد فردت على الشـبهات التى اعترضـت إسـباغ وصـف "التعويضـات" على تلك المبالغ. ومن ثم رتبت كافة الآثار القانونية التى تترتب على اعتبار تلك المبالغ

تعويض فى المجال الجنائى، ومنها السماح للجهة صاحبة الصفة والمصلحة فى الحكم بتلك التعويضات أن تتدخل أمام المحكمة الجنائية طالبة الحكم بها.

ومع ذلك فقد أبقت المحكمة العليا على التكييف القانونى الأصلى لتلك المبالغ باعتبارها "عقوبة" رغم صراحة النص عليها تحت مسمى "تعويضات". وبذلك تكون المحكمة العليا قد مارست ببراعة دورها الخلاق فى التفسير بابتداع فكرة "العقوبات التكميلية المنطوية على عنصر التعويض". ولما أن أرادت إحدى دوائر المحكمة العليا الالتزام بصحيح النظر القانونى. وبالتالى التحرر من التعبير المستخدم فى النص والاكتفاء باعتبار هذه المبالغ من قبيل العقوبات، لم ترتض المحكمة العليا هذا النظر. واستخدمت أسلوبى باستخدام العامل التنسيقى بين النصوص القانونية المعروضة وأهداف النظام القانونى العامة، والنظر فى المصالح المحمية من وراء هذا النص والمبادئ القانونية العامة الحاكمة للنصوص العقابية بشكل عام، وهما من أساليب المنهج المنطقى للوصول لما انتهت إليه.

الثالث عشر : الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٥٥القضائية
جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٨٥
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

لدوائر محكمة النقض – دون غرفة المشـــورة – إذا رأت العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام ســـابقة إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد الجنائية، وبالتالى فإنه إذا أحالت غرفة المشـورة، الطعن مباشـرة إلى الهيئة العامة، تعين إعادته إليها.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

يعتبر هـذا الحكم تفســـير للمـادة ٤ من قـانون حـالات إجراءات الطعن بالنقض صـــادراً من الهيئة العامة، وهو بذلك يعد أصـــلاً فى تحديد مدلول هذه المادة.

- **ملاحظة هامة :**

وينتمى النص محل التفسير المعروض على الهيئة فى هذا الحكم نصاً إجرائياً، ويلاحظ هنا أن المحكمة العليا تصحح لنفسها وذلك مثل ما لاحظناه فى الحكم السالف الخاص بالنقض لثانى مرة فى حكم الهيئتين أثناء الوحدة مع سوريا.

وقد رأت المحكمة الموقرة التفسير بتضييق معنى لفظ "دوائر المحكمة" بقصره على الدوائر فى تشكيلها العادى دون "غرفة المشورة ".

والمحكمة العليا برعت هنا فى استخدام قواعد المنهج المنطقى للتضييق من المعنى اللغوى للفظ "الـدوائر" الواردة بـالمـادة ٤، وذلـك بـالنظر فى الحكمـة التشـــريعية الكامنة وراء النص. ورأت أن توســـيع لفظ الدوائر ليشـــمل "رف المشــورة" يفوت العناية التى أراد المشــرع تحقيقها عندما أوجب على "دوائر" المحكمة الموقرة الحرص على وحدة تفســـير ها للنصـــوص ووحدة المبادئ القانونية الصـــادرة عنها جميعاً تحقيقاً للاســـتقرار والوحدة القانونية فى الدولة. وهذه المعانى غير متوفرة فى حالة "غرف المشـــورة" والتى تســـتطيع إن هى صادفت ما يستأهل البحث والروية أن تحيل الطعن إلى "الدائرة" دون أن تفصل فيه.

الرابع عشر : الطعن رقم ٣١٧٢ لسنة ٥٧ القضائية
جلسة ٢٤ من فيراير سنة ١٩٨٨
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

إدانة المتهم عن جريمتى جلب جواهر مخدرة وتهريبها. يعتد بالجريمة ذات العقوبة الأشد، وهى جريمة جلب الجواهر المخدرة، فيحكم بالعقوبة المقررة لها، دون العقوبات المقررة لجريمة التهريب الجمركى أصلية كانت أم تكميلية.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

إن الأسلوب التفسيرى المتبع من محكمتنا الموقرة فى تفسير النص المعروض عليها قد أفضى إلى تضييق مدلوله لصالح المتهم، ويتجلى ذلك فى قول المحكمة الموقرة القول كأن لم يرتكب غير الأشد وذلك تأكيداً منها لاستبعاد العقوبات التكميلية.

الخامس عشر : الطعن رقم ٢١٦٠٩ لسنة ٢٦ القضائية
جلسة ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٩٥
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

جلب الجواهر المخدرة المعاقب عليها بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠، يقصد به طرح الجوهر المخدر وتداوله بين الناس فى داخل جمهورية مصر العربية. عدم اتساعه للطرح خارج البلاد، فلا يشمل حالة دخول الجوهر المخدر بجمهورية مصر وهو فى طريقه إلى دولة أخرى لطرحه وتداوله بين الناس فيها .

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

فى هذا الحكم استعملت المحكمة الموقرة أساليب المنهج التاريخى فى التفسير باقتدار. وتنوع هذا الاستخدام من الرجوع إلى العمال التحضيرية وما دار باللجنة التشريعية إلى النظر فى المذكرة الإيضاحية. وأخيراً فقد جالت محكمتنا الموقرة فى الاتفاقات الدولية التى أبرمتها مصر ذات الصلة بموضوع الطعن. وقد استخلصت المحكمة العليا من هذا التنوع فى المصادر التاريخية للنص، استخلصت فارقاً واضحاً فى معنى لفظ "التصدير" الوارد بالنص عن المدلول المتبادر للفظ "جلب".

من الأحكام السابقة على هذا الحكم كانت تفسر لفظ "الجلب" بأنه أى عملية إدخال للمواد المخدرة سواء للطرح داخل البلاد أو لإعادة إخراجها وطرحها خارج مصر.

ولكن المحكمة الموقرة اعتمدت أسلوباً مستمداً، بداية، من قواعد المنهج اللغوى يقوم على عدة أسس تفسيرية هى :

- تفسير بمقابلة ألفاظ النص لبعضها .
- تفسير بدلالة تدرج العقوبة .
- تفسير يستند إلى أعمال التحضيرية والمعاهدات .
- تفسير يستجلى إرادة المشرع من دلالة الألفاظ .

ومن ثم يقيد اللفظ ويجعل له معنى خاص، ثم انتهجت المحكمة الموقرة خطاً تفسيرياً مكملاً مستخدمة فكرتها عن "القصد الخاص" ومن ثم مشترطة نية الطرح داخل مصر لتوافر معنى "الجلب" المنصوص عليه .

وقد سبق وأن أوضحنا رأينا الخاص بأن "القصد الخاص" فى قضاء محكمتنا الموقرة هو أحد أساليب المنهج المنطقى فى التفسير، والذى تستخدمه المحكمة للتضييق من مدلول النص حين ترى أن المدلول اللغوى للنص فضفاضاَ. وقد يدخل حالات تحت إطار النص لا ينبغى إدخالها. وفى هذا الحكم يتجلى هذا المعنى بوضوح .

وعلى ذلك فإن المحكمة الموقرة تكون قد فرقت بين الجلب وهو إدخال المخدر بقصد خاص وهو الطرح داخل مصر، وأما الإدخال ثم إعادة الطرح الخارجى فهو تصدير وليس جلباً.

السادس عشر: الطعن رقم ١١٨٣٨ لسنة ٦٠ القضائية
جلسة ١٣ من إبريل سنة ١٩٩٧
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

اختصـــاص المحكمة الدســـتورية العليا بتفســـير النصـــوص التشـــريعية لا يصـادر حق جهات القضـاء الأخرى فى تفسير تلك النصـوص ما دام لم يصـدر تفسـير ملزم من السـلطة التشـريعية أو من المحكمة الدسـتورية طبقاً للأوضـاع المقررة فى قانونها بشأن طلبات التفسير. التفسيرات والتقريرات القانونية التى يرد فى مدونات حكم المحكمة الدســـتورية العليا، لا تقيد محكمة النقض فى إعمالها اختصـــاصـــها فى تفســـير النصـــوص التشـــريعية وتطبيقها على الوجه الصـــحيح ما دام الحكم لم ينته إلى دســـتورية، أو عدم دســـتورية النصـــوص المطعون عليها. محكمة النقض لا تعلوها محكمة ولا تخضـــع أحكامها لرقابة جهة ما. وظيفتها: توحيد تفســـير القوانين وســـلامة تطبيقها واســـتقرار المبادئ القانونية.

محكمة النقض أو غيرها من المحاكم لا يقيدها ما ورد فى مدونات حكم المحكمة الدســـتورية فى الطعن رقم ٤٨ لســـنة ١٧قضـــائية "دســـتورية" من تقريرات قانونية بشـــأن تفســـير الفقرة الثانية من المادة الخامســـة من قانون العقوبات، وانطباقها علـــى الأفعال المؤثمة بمقتضى القانونين ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و١٣٦لسنة١٩٨١، بحسبانه قد اقتصر على القضاء بعدم قبول الدعوى دون أن يفصل فى موضوعها بدستورية أو بعدم دستورية المادتين ٢٦ و٧٧ من القانون رقم ٤٩ لســـنة ١٩٧٧، والمادتين ٦ و٢٣من القانون رقم ١٣٦ لســـنة ١٩٨١، وتظل الجرائم التى وقعت طبقاً لنصـــوص القانونين المذكورين قائمة، حتى بعد صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦.

٢- التحليل التفسيرى للحكم:

بادئ ذى بدء إننى أرى أنه لو تركت المحكمة الموقرة دون مظنة الضـــغط الأدبى والحساسية المتبادلة بينها وبين المحكمة والدستورية لكانت أخذت منحى آخر عند تفســـير النصـــوص مدار هذا الحكم. إذ أنه من المناســـب والمجاز فى حدود التفسـير الصـحيح أن ينتهى إلى ما قررته الدسـتورية فى ثنايا أسـبابها من اعتبار القانون الجديد أصـــلح للمتهم. وترتيب الآثار على ذلك بصـــورة عادية، ولكن الحساسية المتبادلة بين المحكمتين الموقرتين والتى سبق لنا الوقوف عندها ورصدها وتحليل أسبابها فى الباب الأول، أقول كان لهذه الحساسية أثراً واضحاً على أسـلوب المحكمة الموقرة فى تفسـير النص، واختيار هذا المنحى التفسـيرى المركب والمعقد عن جاز التعبير.

وتفصـيل ذلك أن النظر الدقيق للحكمة التشـريعية من وراء تلك النصـوص بشـــأن العلاقات الايجارية الناشـــئة فى ظلها، هو الحفاظ على الاســـتقرار فى المجتمع والمراكز القانونية والحقوق المكتســـبة، ولم يدر بخلد الشـــارع الإبقاء

على تلك الجرائم فهى ليست قوانين محددة المدة من الوجهة الجنائية، حتى تستثنى من قاعدة القانون الأصلح.

ومن ناحية أخرى فإن إباحة الفعل بالقانون الجديد واضحة لا لبس فيها، وإغفال المشرع النص على إلغاء الأحكام الجنائية بالقانونين يمكن إرجاعه إلى ترك ذلك إلى القواعد العامة التى ستؤدى إلى إلغائها طبقاً لقاعدة القانون الأصلح. وأخيراً فإن تذرع المحكمة الموقرة بصراحة النص وعدم جواز التأويل فيه كثير من النظر طبقاً لما سالف بيانه.

ويلاحظ أن التفسير الواسع الذى أخذت به المحكمة العليا فى هذا الحكم أفضى إلى اتساع دائرة التجريم. كما يلاحظ على أسلوب التفسير الذى سارت عليه المحكمة الموقرة فى هذا الحكم ما يلى:

١- أنه استبعد تماماً أصل الإباحة كمبدأ عام كان من الممكن لو أخذته المحكمة فى اعتبارها أن ينتهى بها إلى ما قررته المحكمة الدستورية العليا فى المسألة المطروحة فى طيات حكمها المشار إليه.
٢- عند حديث المحكمة عن حدود قاعدة الأثر الرجعى اكتفت بحسم الأمر بالنظر إلى فكرة تنازع القوانين فحسب، وليس إلى أصل الإباحة.
٣- أدى تفسير المحكمة الموقرة إلى التضييق من حالات إعمالها توسيعاً لدائرة التجريم على حساب الإباحة وترتب على ذلك مخالفة المحكمة لتفسيرات المحكمة الدستورية العليا فى مدوناتها للنص محل الطعن.
٤- وقد أشارت المحكمة الموقرة إلى جوهر الحساسية بينها وبين المحكمة الدستورية، وهو تقريرها وتأكيدها على حق المحاكم فى التفسير كأصل عام. ولذلك فقد حددت حالات التفسير الدستورى الملزم منتهية من كل ذلك إلى توسيعها للأصل العام لحق القضاة من التفسير.

وهذا التحليل أرى أنه يبرز ويعلى من شأن محكمة النقض فى حرصها الشديد على تحديد دائرة سلطان المحكمة الدستورية العليا التى تعد حديثة العهد إذا ما قورنت بمحكمة النقض.

<u>السابع عشر: الطعن رقم ١١٥٧٣ لسنة ٦٠ القضائية</u>
<u>جلسة ١١ من يونيو سنة ١٩٩٧</u>
<u>" هيئة عامة "</u>

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

الأملاك الواقعة على جانبى الطرق العامة لا تعد جزءاً منها ولا تلحق بها فى مقام التجريم. الأعمال المعاقب عليها طبقاً للمادة الثالثة عشر من القانون

رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٤، مقصورة على الاعتداء على الطرق العامة ذاتها المنصوص عليها حصراً فى هذه المادة. القياس فى التجريم والعقاب غير جائز إقامة منشآت على الأرض الواقعة على جانبى الطريق العام دون ترك المسافة القانونية، غير مؤثم . نص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ ترديد لنص المادة العاشرة منه غير المعاقب عليه. مجرد ترديد نص تشريعى فى اللائحة التنفيذية، لا يغير من كونه نصاً تشريعياً ولا ينزل به إلى مصاف نصوص اللائحة. انصراف حكم المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات إلى لوائح الضبط، ولا كذلك اللوائح التنفيذية .

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

إن ما يميز هذا الحكم من جهة علم التفسير هو ذلك التباين الشديد بين التفسيرات السابقة عليه والصادرة عن دوائر المحكمة الموقرة. لقد كان على المحكمة فى هذا الحكم أن ترجح بين ثلاثة مناحى تفسيرية مختلفة صادرة عن دوائرها لذات النص.

وقد زاد من صعوبة بحث هذه المسألة تعلق الأمر بنص تجريمى. فبينما انتهت بعض دوائر المحكمة العليا إلى تكييف الجريمة بأنها جنحة رأت دوائر أخرى أن التكييف الصحيح هو اعتبارها مخالفة ، وأخيراً ارتأت بعض دوائر المحكمة أن الواقعة غير مؤثمة.

ونلاحظ أن الأساليب التفسيرية التى انتهت بها دوائر المحكمة العليا إلى هذه التفسيرات المتباينة ، كانت أيضاً مختلفة على النحو التالى:

١- التوصل إلى اعتبارها جنحة قام على أساس الجمع بين النصوص باستعمال العامل التنسيقى. وأدى إلى توسع فى معنى النص وذلك بضم النصوص إلى بعضها، وذلك بتفسير واسع لنص المادة ١٣ المشار إليها. وقد يكون هذا نوع من القياس التفسيرى الذى نقول به وسنواليه شرحاً فى الباب الثالث.

٢- التوصل إلى اعتبارها مخالفة وذلك بالنظر فقط إلى مدلول النص العام. وتلك الأحكام أخذت باللائحة التنفيذية، ومقتضى نص المادة ١٤، ومن ثم اعتبرت الواقعة مخالفة. واعتبرت ترديد اللائحة لنص تشريعى المادة ١٠ يفقدها طبيعتها اللائحية، ويجعل الحكم السارى منها حكم النص التشريعى .

٣- التوصل إلى اعتبار الواقعة غير مؤثمة وذلك باعتماد أسلوب تفسيرى مركب من ثلاث خطوات:

أ- تضييق اللفظ والوقوف عند ظاهره.
ب- استبعاد النصوص الأخرى فى تفسير النص المطروح.
جـ – ومن ثم تضييق معنى النص العام.

ويلاحظ إشارة المحكمة حول مبدأ العدالة وحسن سيرها ومقتضياتها وأسسها المنطقية فى بداية الحكم عند تقريرها قبول الطعن (العدالة ومقتضياتها والمنطق).

- **نتائج هامة مستخلصة من تفسير المحكمة الموقرة للنص المطروح:**

إن حماية حق الملكية مقدم لدى المحكمة الموقرة على حساب المصلحة العامة فى مجال التجريم. ويبدو ذلك جلياً من التضييق الذى قررته لمعنى القيود على حق الملكية.

إن المصلحة من النص كانت تقتضى التوسع فى التجريم. ولكن حق الملكية الفردية غلب فى وجدان المحكمة الموقرة فضيقت مدلول النص.

والخلاصة أن حكم الهيئة العامة الماثل والأحكام الموافقة لها اعتبرت الواقعة غير مؤثمة. وأعلت من شأن حق الملكية كرافد من مبدأ الحرية كأحد المبادئ القانونية العامة الأساسية الضابطة لها والمحددة لوجهتها التفسيرية، بقولها أن الملاك على جانبى الطريق العام قد حملتها النصوص ببعض الأعباء فقط، ولكن لم تعتبر ملكيتها جزءاً من الطريق العام ولم تلحقها بها".

الثامن عشر: الطعن رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ ٦٠ القضائية
جلسة ١٠ من يوليو سنة ١٩٩٩
" هيئة عامة "

١- القاعدة المقررة فى هذا الحكم :

استحداث المشرع بقانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قواعد شكلية وموضوعية تنظيم الشيك كورقة تجارية، لم يقصد أن ينفى عن الشيكات التى صدرت قبل العمل بأحكامه هذه الصفة، بل اعتد بها متى استوفت شرائطها وفقا للقواعد القانونية السارية وقت إصدارها. ومن ثم فإنه متى اعتبرت الورقة شيكاً طبقاً للقانون السارى قبل نفاذ نصوص الفصل الخاص بأحكام الشيك فى قانون التجارة الجديد، فإن إعطائه دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب يشكل فعلاً مجرماً، ولا مجال بالتالى لاعتبار ما نصت عليه المواد ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥من قانون التجارة الجديد فى شأن تحديد شكل الشيك وبياناته من قبيل الأصلح للمتهم. إن قانون التجارة الجديد وإن أبقى على تجريم فعل إعطاء شيك لا يقابله رصيد إلا أنه فى شأن العقوبة عن تلك الجريمة أنشأ للمتهم مركزاً قانونياً أصلح مما نصت عليه المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات حين أجاز فى المادة ٥٣٤ منه الحكم على مرتكبها بعقوبة الغرامة بعد أن كانت معاقباً عليها بالحبس وجوباً، كما رتب على الصلح بين المجنى عليه والمتهم انقضاء الدعوى الجنائية. ومن ثم تعد هذه المادة قانوناً أصلح للمتهم تطبق من تاريخ صدورها طبقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات.

٢- التحليل التفسيرى للحكم :

نستطيع بادئ ذى بدء أن نقول إجمالاً إن المحكمة الموقرة قد أعملت أساليب تفسيرية متنوعة. وبها مدت عمل المادة ٣٣٧عقوبات وأرجأت النسخ الوارد بالقانون الجديد. ثم أعملت ما يمكن وصفه بأنه ما دون النسخ من قواعد فى القانون الجديد تحسن مركز المتهم دون أن تنفى صفة التحريم عن الفعل برمته .

وقد عبرت المحكمة العليا عن هذا المنحى التفسيرى بقولها: "إنما هو استثناء من الأصل العام يؤخذ فى تفسيره بالتضييق، ويدور وجوداً وعدماً مع

العلة التى دعت إلى تقريره "وقولها" هو قصد الشارع الذى لا تجوز مصادرته فيه ..".

١- وقد انتهت المحكمة الموقرة من ذلك إلى تقرير عدة حدود لقاعدة القانون الأصلح للمتهم لم يسبق لها التصريح بها وجمعها فى حكم واحد من قبل، وهو ما يجعل لهذا الحكم وضعاً خاصاً من الناحية العلمية. وتلك الحدود هى: أن قاعدة القانون الأصلح يمكن الأخذ بها فى شأن النصوص المتعلقة بنوع العقوبة وبالانقضاء.

٢- إن أخذ قاعدة القانون الأصلح بالتضييق هو أصل عام باعتبار القاعدة استثناء من أصل عام مع ما يترتب على هذا من إباحة الفعل بأثر رجعى إعمالا لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، وهو ما قصد المشرع تجنبه حين جعل تاريخ نفاذ المادة ٥٣٤ من قانون التجارة هو ذات تاريخ إلغاء المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات .

وفى ذلك تقول المحكمة الموقرة: "وكان من المقرر أن القانون الجنائى يحكم ما يقع فى ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه إلا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره، فإن المادة ٣٣٧من قانون العقوبات تكون واجبة التطبيق على الوقائع التى تحدث حتى زوال القوة الملزمة عنها إلا فيما نصت عليه المادة ٥٣٤ من قانون التجارة من جواز توقيع عقوبة الغرامة على الجانى خلافاً لما نصت عليه من انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح قانوناً أصلح للمتهم تطبق من تاريخ صدورها طبقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات".

أن المرجع فى فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان هو قصد الشرع الذى لا تجوز مصادرته فيه. وقد جمعت المحكمة الموقرة فى هذا الحكم الرصين كثيراً من أساليب التفسير لاستجلاء قصد المشرع ومعرفة الحكمة التشريعية. وذلك الجمع نادراً ما يحتويه حكم واحد من أحكام محكمتنا الموقرة ونستطيع أن نستخرج من هذه الأساليب التفسيرية أسلوبين رئيسيين :

أ- السياق وأهميته فى بيان المراد من النص مدار الحكم .

ب - الأعمال التحضيرية لبيان قصد الشارع .

وفى ذلك تقول محكمتنا الموقرة "كان يبين من سياق ما استحدثه قانون التجارة الجديد فى شأن الشيك أن المشرع حين وضع قواعد شكلية وموضوعية

محكمة لهذه الورقة التجارية لم يقصد أن ينفى عن الشيكات التى صدرت قبل العمل بأحكامه هذه الصفة لمجرد مخالفتها للقواعد التى استحدثها".

وتستطرد المحكمة العليا فى بيان منطقها التفسيرى قائلة " إعطاء الشيك دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب يشكل فعلاً مجرماً، ولا مجال بالتالى لاعتبار ما نصت عليه المواد ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، من قانون لم يكتمل حكمها بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة المار ذكرها".

وفى بيان جامع لأساليب المنهج التاريخى المتعددة فى استجلاء قصد الشارع من النصوص المعروضة على المحكمة الموقرة واستخلاص النتائج المترتبة على ذلك تقول: "تنص الفقرة الثانية من مواد إصدار قانون التجارة على أن يلغى نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات، والتى تنص على جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب، ومفاد ذلك أن الإلغاء لا يكون إلا فى تاريخ نفاذ نص المادة ٥٣٤ المار ذكرها، حتى يتواصل تجريم إعطاء شيك لا يقابله رصيد، فلا يفصل بين نفاذ المادة ٣٣٧من قانون العقوبات ونفاذ تطبيق المادة ٥٣٤ من قانون التجارة فترة زمنية.

إذ أن المشرع لو ألغى نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ – تاريخ نفاذ باقى نصوص قانون التجارة – لأصبح إعطاء شيك لا يقابله رصيد فعلاً مباحاً منذ هذا التاريخ وحتى نفاذ المادة ٥٣٤ من قانون التجارة فى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، مع ما يترتب على هذا من إباحة الفعل بأثر رجعى إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، وهو ما قصد المشرع تجنبه حين جعل تاريخ نفاذ المادة ٥٣٤ من قانون التجارة هو ذات الشارع البتة المصادرة على تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم فى شأن العقاب، وآية ذلك أنه يبين من مراجعة الأعمال التحضيرية لقانون التجارة الجديد أن مشرع القانون كان يتضمن النص فى المادة الأولى من مواد الإصدار على أن "يلغى قانون التجارة الصادر بالأمر العالى فى ١٣من نوفمبر سنة ١٨٨٣.. ويلغى نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات، وكذلك كل نص يتعارض مع أحكام هذا القانون".

وقد جاءت حيثيات الحكم فى بيان ينبئ عن تمكن محكمتنا العليا فى تأصيل وتحصيل النتائج التى ترغب فى الوصول إليها من عملية تفسير النصوص. ويوضح كذلك ومنطقها القضائى المضطرد تحت ما يمكننا تسميته فكرة "بالضرورة" وفكرة "من باب أولى" واستخدامها ببراعة لهاتين الفكرتين سواء فى مجال المنطق القضائى عند التسبيب فى جانب الوقائع. أو استخدامها لهاتين الفكرتين فى مجال منطق التفسير سواء اعتبر ذلك من قبيل التفسير الواسع

للنصـوص أو من قبيل القياس على ما سـوف نبنيه تفصـيلاً فى الباب الثالث من هذه الدراسة[1].

وبالضـرورة إرجاء إلغاء نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات حتى تاريخ العمل بهذه النصوص الأخيرة، كى تواصل تجريم إعطاء شيك بدون رصيد ... فـإن المـادة ٣٣٧ من قـانون العقوبـات تكون واجبـة التطبيق على الوقـائع التى تحدث حتى زوال القوة الملزمة عنها. إلا فيما نصت عليه المادة ٥٣٤ من قانون التجارة من جواز توقيع عقوبة الغرامة على الجانى خلافاً لما نصـت عليه المادة ٣٣٧ من قانون العـــقوبات من وجوب توقيع عقوبة الحبس، وكذلك فيما نصت عليه من انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح بحسبان أن كلا الأمرين ينشئ مركزاً قانونياً أصلح للمتهم. ومن ثم تعد فى هذا الصدد قانوناًً أصلح للمتهم تطبق من تاريخ صدورها طبقاً للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات".

والجدير بـالملاحظـة هو إعمـال المحكمـة الموقرة لفكرة "إرجـاء الإلغـاء" وهى حالة نادرة فى مجال التفســير من حالات "النســخ المرجأ". وقد أوقفت محكمتنا الموقرة إعمال النص الصريح بالنسخ لحين تحقق ما تراه مراد للشارع وجعلت من المبادئ العامة مطيتها فى إرجاء إنفاذ النسخ.

والمبادئ العامة هنا هى تحقيق العدالة وحسن سيرها ومقتضياتها. ويلاحظ أن الحكم المعدول عنه قد أخذ بظاهر النص. ولم يلتفت إلى النقص فى ألفاظ النص والتى دعت الهيئة إلى إعمال اجتهادها فى تفسيره على النحو السابق .

والخلاصــــة هنا أن الهيئة العامة قد أكملت النقص التشـــريعى بالمبادئ القانونية العامة، واستعملت مجموعة من القواعد التفسيرية المتتابعة أسعفتها فى تكملة النقص بعدما تسعفها فى بيان ضرورة التكملة ابتداءً.

وقد جاءت القواعد التفسيرية سابق الإشارة إليها على ثلاثة دروب :

١- قواعد تفسيرية لضرورة طرح الظاهر المعدول عنه .

٢- قواعد تفسيرية لتبرز وتبين ضرورة تكملة النقص التشريعى.

---

[1] وقد تمكنت بتوفيق من الله تعالى من الوقوف على أكثر من مائة مبدأ للمحكمة الموقرة مؤسسة على التوسع فى فهم النصوص باستخدام قاعدة " من باب أولى " أو ما تسميه المحكمة الموقرة أحياناً " بالضرورة " مثل الحالة التى فى المتن . وقد أعاننى الحاسب الآلى بمحكمتنا الموقرة من التوصل إلى هذه المبادئ وقد بان لى أن محكمة النقض قد برعت فى استخدام هذه الأفكار فى مجال تفسير النصوص الجنائية تارة وتارة أخرى فى مجال المنطق القضائى فى تكييف الوقائع وتسبيب الحكام . راجع عرضنا التفصيلى للفكرة فى الباب الأول بالنسبة للمنطق القضائى وفى الباب الثالث بالنسبة للابتداع القضائى من خلال التفسير وتكملة النص التشريعى .

٣- قواعد تفسيرية لتكملة النقص وبيانه .

وبعد أن استتب شأن النص مدار التفسير وخلع من ربقة الإلغاء الكامل والنسخ الشامل عادت المحكمة الموقرة لتعامله معاملة النص فى الحالة الطبيعية وأعملت مبادئها المستقرة من قبل بشأن القانون الأصلح فقررت الاستثناءات المذكورة آنفاً .

وبذلك الأسلوب التفسيرى **منعت** تطبيق قاعدة القانون الأصلح التى تؤدى إلى إلغاء كلى لإعمال نص التجريم. ثم **منحت** إعمال قاعدة القانون الأصلح بالصورة التى جرى عليها قضاؤها، والتى أدت تلمس التخفيف للمتهم وتحسين موقفه دون إباحة الفعل المجرم.

خلاصات ختامية هامة :

كان من أبرز جوانب التجديد فى هذه الدراسة الاهتمام الخاص الذى أوليناه لبيان مدى أخذ محكمة النقض بقواعد المناهج اللغوى والمنطقى والتاريخى فى أحكامها الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية أو الهيئتين مجتمعتين. وقد حاولنا فى تحليل هذه الأحكام الربط بين المناهج الثلاثة والقواعد المشابهة لها بأصول الفقه الإسلامى سواء القواعد الفقهية اللغوية أو الأصولية واستقراء القواعد ذات المضمون المماثل التى أرستها وأخذت بها محكمة النقض .

إلى غير ذلك من الأسئلة والإجابات التى انطوت على تأييد ونقد وإظهار وكشف. وليس من سجال فى هذا المضمار إلا بين نفسى وما يتردد بينها وبين تلك الأحكام القضائية من سجالات المنطق ومبادئ علم التفسير، وليس بيننا ثالث إذ لم يسبقنى أحد من أساتذتى أو الباحثين لهذا المضمار. وإن كان من نقص فحسبى أن قد وجهت النظر إلى هذا الأمر وما أجله ليسعى فيه من خلفى من هم أكثر منى علماً وأشد عزماً.

إن عدول المحكمة العليا عن مبدأ قانونى إلى مبدأ جديد وهو ما يعنى، من جهة علم التفسير، تغيير المحكمة للمنهج التفسيرى الذى تعمل قواعده على النص الذى يحكم الواقعة المطروحة عليها. إن هذا العدول كان دائماً له ما يبرره ويجعله منطقياً بل وسديداً من المحكمة العليا بحيث لو تأخر هذا العدول عن الزمن الذى تم فيه أو تقدم، لما كان متوافقاً ومتسقاً مع الأهداف العامة للنظام القانونى للدولة ووظيفة محكمة النقض بها .

وتفصيل ذلك يبدو جلياً من تتبع حالات العدول كما عرضناها ويمكننا ردها إلى أسباب عامة على الوجه التالى :

١- عدول لحداثة النص وكثرة الأقضية المعروضة فجأة على المحكمة العليا واختلاف الدوائر فى المنهج التفسيرى الأمثل الذى يجب اتباعه. فصدور أحكام متضاربة فى فهم النص الواحد ومتقاربة فى تاريخ صدورها يجعل المحكمة شديدة الحساسية سريعة التحرك صوب توحيد طريقة تفسيرها للنص، وكيف لا وهى المنوط بها توحيد التفسير فى ربوع الدولة قاطبة.

٢-عدول لتغير الظروف السياسية والثقافية للدولة. ومن ناحية ثانية فإن تغير مفاهيم المجتمع وظروفه الاجتماعية والسياسية يجعل المحكمة عند أول صدام بين حسها المرهف المستمد من الواقع الذى تعايشه مع مجتمعها وبين المبادئ المستقرة لقديم قضائها أول من ينبرى لإصلاح هذا الخلل ليظل القضاء متمثلاً فيها مرآة صادقة للمجتمع فى بيان معانى العدالة والحق والخير.

الباب الثالث

الضوابط الشرعية والقانونية لعملية الابتداع القضائى

(التفسير القضائى وتكميل النقص

فى التشريع الجنائى وتطويره)

يشتمل هذا الباب على :

- **الفصل الأول** : القاضى الجنائى وتكملة النقص التشريعى
- **الفصل الثانى : طرق سد النقص التشريعى**
- **الفصـــــل الثـالـث : المعيـار المقترح للتفرقـة بين نوعى القيـاس والتفســير الواســع للنصــوص الجنائيـة الشــرعية و الوضعية**
- **الفصــل الرابع : تقدير مذهب المحكمة العليا فى التفســير بصــفة عامة**

  – ضـــوابط ســـلطة الابتداع فى قضـــاء محكمة النقض فى المجال الجنائى

الباب الثالث

الضوابط الشرعية والقانونية لعملية الابتداع القضائى عند التفسير القضائى وتكملة النقص فى التشريع الجنائى وتطويره

- **تمهيد:**

إن مصطلح الابتداع القضائى يشمل كافة صور الجهد القضائى لعلاج حالات القصور التشريعى، وتندرج فيها حالات تكملة النقص التشريعى، وإزالة التعارض بين النصوص، وأخيراً استجلاء ما غمض منها. وقد ترجح لدينا استعمال هذا المصطلح لما ينطوى عليه من إظهار لجهد القاضى عند أدائه لواجباته الوظيفية.

فالابتداع يشمل بالإضافة إلى ما تقدم كل جهد يظهر فيه القاضى ملكاته القانونية ولو خرج عن حالات القصور التشريعى وعلاجها. وذلك مثل البراعة فى التسبيب وبيان المنطق القضائى الذى يبنى عليه الحكم من غير قصور ولا إطناب .

وقد سبق وأن تناولنا بالبحث الطبيعة القانونية لهذا الدور الخلاق الذى يمارسه القاضى بصفة عامة، والقاضى الجنائى بصفة خاصة، والحدود التى يتوقف عندها ليبدأ دور المشرع أو الفقيه[١].

وفى هذا الباب نحاول أن نبنى على ما تقدم للوصول إلى الهدف المرجو من هذه الدراسة، فنخصصه للبحث فى الوسائل والأدوات التى يمارس بها القاضى وبخاصة القاضى الجنائى عملية الابتداع فى إطار التزاماته المتعددة. تلك الالتزامات التى أوضحناها عند الحديث عما أسميناها بأزمة العدالة الجنائية[٢].

وأكثر ما استحوذ على اهتمامى فى هذا الصدد هو مسألة القياس على مواد التجريم، وفكرة المبادئ القانونية العامة كأداة للتفسير فى مجال النصوص الجنائية. ومن ثم فقد حاولت الدفع بالفكرتين لآفاق جديدة فى الفقه الشرعى والوضعى، مقترحاً معياراً لكيفية وحدود استعمال كل من القياس والمبادئ القانونية العامة فى مجال القانون الجنائى. هذا وقد يكون المعيار المقترح مدعاة

---

[١] راجع ما سبق بالباب الأول من هذه الدراسة .

[٢] راجع ما سبق بالفصل الأول من الباب الأول .

د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١١٢ .

للجمع الرشيد بين كثير من الآراء التى ظاهرها التنافر خاصة فى موضوع القياس
.

الفصل الأول

القاضى الجنائى وتكملة النقص التشريعى

المبحث الأول

حتمية النقص فى التشريع

إذا لم يجد القاضى فى نصوص القانون المكتوب قاعدة عامة يمكن تطبيقها فى النزاع المعروض عليه، سميت هذه الظاهرة نقصاً فى التشريع ، وقد أدارت هذه المسألة خلافاً بين الفقهاء أدى إلى وجود نظريتين هما كمال التشريع ، ونظرية نقص التشريع[١].

أولاً : نظرية كمال التشريع :

أما نظرية كمال التشريع، فمفادها أن التشريع يشمل جميع الحلول، ولوضوح ضعف هذه النظرية، حاول أنصارها تغطيتها بثوب جذاب من المنطق. ووضعوا لدعمها نظريتين متقاربتين فى المحتوى، هما "نظرية الحيز القانونى الخالى" .. ونظرية "القاعدة العامة المانعة".

١- نظرية الحيز القانونى الخالى :

يقسم مجال نشاط الأفراد بمقتضى هذه النظرية إلى قسمين : قسم خاضع للقواعد القانونية، ويسمى بالقسم الملئ **Espace Pleine**، وقسم آخر يكون نشاط الأفراد فيه حراً **Espace Vide**.

ويستغرق هذا التقسيم مسلك كل فرد، فهو إما أن ينتمى إلى القسم الملئ، فيكون ذا أهمية قانونية أو يستقر فى القسم الخالى، فلا تكون له أهمية قانونية. ومن ثم لا يمكن وفقاً لهذه النظرية القول بوجود نقص فى التشريع[٢].

---

[١] - د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٩.

– بوبيو : الديجستو الإيطالى الأحدث ، بند ٣ ص ٤٢٠ ، عمود ١و ٢ ، وبند ٥ ص ٤٢١ . مشار إليه فى د/محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٣٩ وما بعدها .

[٢] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis-p١٩٣,١٩٤,١٩٥ .

٢- نظرية القاعدة العامة المانعة :

يذهب أنصار هذه القاعدة إلى أن كل نظام قانونى وضعى يشتمل بالضرورة إلى جوار القواعد الخاصة، على قاعدة عامة تبين الحل الذى يجب إعطاؤه للحالات التى لا تشملها النصوص التشريعية ، فمقتضى نظام القانون المكتوب أنه حيثما توجد حالة لم يرد بشأنها نص تشريعى ينبغى تطبيق القاعدة العامة المناسبة عليها، أى أن القانون المكتوب يوجد فيه بطريق مباشر أو غير مباشر حل لجميع الحالات التى يمكن أن تعرض، يترتب على ذلك من الناحية المنطقية، أنه لا يتصور وجود نقص فى التشريع[1].

إن السر فى تبنى هذه الآراء التى لا تخرج عن كونها أطر مجازية افتراضية فى اعتقاد البعض هو الحرص على الإبقاء على سلامة مبدأ الفصل بين السلطات. ومؤدى ذلك المبدأ أن إنتاج القانون وتطبيقه نوعان من النشاط يختلف كلاهما عن الآخر، فإنتاج التشريع من اختصاص السلطة التشريعية وحدها، ولا يجوز أن يفتح باب يهيئ للقاضى دور إنشائى فى مجال التشريع ليقتصر عمله على تطبيق القانون فحسب[2].

ثانياً : نظرية نقص التشريع :

أما نظرية نقص النصوص فمفادها أن التشريع قاصر عن تنظيم الأوضاع القانونية والاقتصادية بصورة شاملة وافية. ويقول أنصارها فى معرض ردهم على أصحاب نظرية كمال التشريع، أن هذه النظرية مفرطة فى المبالغة، فلئن كان صحيحاً إلى حد كبير أن حرية الأفراد تشكل القاعدة العامة التى تطبق عند عدم وجود نص يفرض التزاماً، فليس من الصواب القول أن هذه القاعدة صحيحة على إطلاقها. إن نظرية كمال التشريع تقوم على أساس نظرة فيها تبسيط للحقيقة القانونية، والحال أن أى تشريع وضعى يتكون من مجموع متعضد ذى طابع مركب منسق الأعضاء[3].

- د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ٥٤١ .

[1] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٩ .

[2] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٥٤٠ ، ٥٤٢ .

[3] **المرجع السابق مباشرة** ، ص٥٤٦ ، نقلاً عن هوبير لان .

- د/محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٤١ .

لقد ساند "جنى" فكرة نقص التشريع، وأوضحها بأسلوب خلاب، ومما قاله فى هذا الصدد[1]: أن من الحقائق البديهية أن التشريع كأى عمل بشرى لا يمكن أن يكون كاملاً، ومهما يكن عقل المرء ذكياً وبارعاً، فإنه غير قادر على تجميع متكامل لعالمنا، وحتى إذا تصورنا هذا المستحيل، وكان المشرع ذكياً يتغلغل فى عمق الحياة القانونية لعصره، فإننا ندرك مع ذلك أنه لا يستطيع أن يتنبأ أو ينظم العلاقات القانونية المستقبلية، فالسلطة التشريعية لها حدود منطقية لا يمكن تجاوزها.

وللتدليل على سخف فكرة الكمال بالنسبة للعمل البشرى يقول "جنى"[2]: إن الإنجليز الذين يرون أن البرلمان قادر على كل شئ يقولون أن الشئ الوحيد الذى لا يقدر عليه المجلس التشريعى هو أنه لا يستطيع أن يجعل الرجل امرأة وبالعكس .

- **ملاحظة هامة :**

والجدير بأن نؤكد عليه هنا، هو أن البحث فى مدى وضوح النص أو غموضه يسبق بحكم المنطق القانونى البحث فى مدى كمال التشريع أو نقصه، بل إن النتيجة التى يحصلها المفسر قاضياً كان أو فقيه من بحثه فى حالة النص من حيث الوضوح والغموض هو الذى سيحدد له البداية فى البحث حول مدى كمال التشريع المحتوى على هذا النص أو نقصه .

- **تقييم فكرتى كمال التشريع أم النقص الحتمى للتشريع :**

والحقيقة أن فكرة نقص التشريع تكاد تكون الآن محل إجماع الفقه. فضلاً عن أن الواقع العملى يكشف عنها يوماً بعد يوم، وتظهر هذه الفكرة بصورة خاصة ، كلما بعد العهد بالتشريع واتسعت الهوة بينه وبين متطلبات الواقع وحاجات الجماعة المتجددة . والواقع أنه لولا الجهود الفائقة التى يبذلها القضاء لمحاولة المواءمة بين التشريعات القائمة وبين مقتضيات التطور السريع والمعقد للحياة الاجتماعية لأصيب التشريع بالعجز والجمود[3]. فالقصور ظاهرة طبيعية

[1] Geny, François, ***Méthodes D’interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis-p١٩٣,١٩٤,١٩٥.

[2] Geny, François, ***Méthodes D’interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis-p١٩٣,١٩٤,١٩٥.

[3] د/ عبد المنعم عبد العظيم جبرة : **المرجع السابق** ، ص١١٥ .

ترتبط بطبيعة الإنسان وتطوره، وقد سلم بذلك جمهور الفقه الإسلامى كما سنوضح فى المباحث التالية .

إن نظرية كمال التشريع بما تعنيه من أنه لا يتصور أن يكون التشريع ناقصا بل هو شامل لجميع الحلول، هى من نتاج أصحاب المذهب الوضعى فى القانون. وقد ساعد على بقائها فى الفكر القانونى لفترة طويلة الخشية من التسليم بأن للقاضى سلطة تشبه سلطة المشرع عند وجود نقص فى التشريع.

ويضاف إلى تلك المبررات كذلك أن الفقه التقليدى كان يخشى من أن مد سلطان القضاة إلى إكمال النصوص قد يتعارض مع مبدأ الشرعية، والذى من مقتضياته حظر الأثر الرجعى للنصوص. وتفصيل أن المبادئ العامة للعلم القانونى توضح أن القاعدة القانونية كى يكتمل لها أساسها الأخلاقى يجب أن تكون عامة يتيسر للناس معرفتها سلفاً قبل قيام النزاع بنشرها بطريقة أو بأخرى ، ويجب أن ينصرف أثرها للمستقبل لا إلى الماضى[١].

وهذه صفات يصعب إن لم يستحيل توافرها لقاعدة يخلقها القاضى بمناسبة منازعة بعينها، حيث أن مثل هذه القاعدة سوف تتأثر صياغتها بل وموضوعها بغير شك بدقائق المنازعة المطروحة. ومن ثم فقد بذلك صفة العمومية. ثم هى بعيدة عن علم الأطراف، إذ أنها لم تنشر بل ولم توجد قبل قيام النزاع. ومن ثم فإن فى إعمال أثرها بصدد هذا النزاع صرفا لأثر قاعدة خلقت الآن على نزاع نشأ فى الماضى، وقد سبق لنا بحث هذه الفكرة عند الحديث عن خصائص التفسير القضائى .

ولكن هذه الاعتبارات لم تقف حائلاً أمام الاعتراف بنقص التشريع . ذلك أن هذا النقص تفرضه طبيعة الحياة وحوادثها المختلفة المتباينة. فمهما كانت صياغة النصوص دقيقة وقدرة المشرع الوضعى وتمكنه فى فنون التشريع، فإن التشريع مهما كانت درجة إتقانه لا يمكن أن يتضمن كافة الوقائع فى الحياة وذلك طبيعى لأن الحياة متشعبة النواحى ومظاهرها متجددة، بينما التشريع الوضعى حبيس النصوص وعليه كانت هذه الاعتبارات سببا فى نشأة نظرية نقص التشريع .

---

[١] انظر فى إرجاع نظرية كمال التشريع إلى فلسفة هيجل .

-f-geny metho de dinterb retatian– t-i-b ٣٦٦- h-kelsem– thearie bure– b-٣٢٠– ets

f-geny– methode– dinter bretatian– t– i b ١٩٧ absurde

H. kelsen , tearie pure . p. ٣٣٤

مشار إليه : د / عبد المنعم عبد العظيم جبرة : دور القاضى فى وضع القواعد القانونية ، **مجلة العدالة** ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، عدد ١٩ ، السنة السادسة ، نيسان ١٩٧٩، ص١٠٧.

– د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص٦٥٢ .

- **النتيجة الهامة المترتبة على حقيقة النقص الحتمى للتشريع :**

والخلاصة التى وضحت لنا من هذا السجال الفقهى إن التسليم بوجود نقص فى التشريع يعترض أحياناً كثيرة طريق القاضى فى سعيه الحثيث لبلوغ العدل المنشود، ففقدان النص فى مثل هذه الحالات يشكل أزمة قانونية بالنسبة للقاضى وذلك لسببين :

أولهما : أن القاضى ملزم بإصدار الحكم، ولا يجوز له قانوناً الامتناع عنه بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق.

وثانيهما : أن المشرع يلزم القاضى عادة بذكر أسباباً لحكمه يعضها قانونى وبعضها مستمد من الوقائع. فيجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب القانونية التى بنيت عليها خاصة فى مجال التجريم والعقاب[١].

ونحن نرى أن الخروج من هذا المأزق لا يكون بالحظر المطلق لأى عمل إنشائى من قبل القاضى الجنائى، كما يرى البعض. ومن ثم يقضى القاضى بالبراءة كلما أعوزه النص التجريمى الواضح[٢]. إن الأخذ بهذا الرأى أدى إلى أنه كثيراً ما تضيع حقوق المجنى عليهم، ويفلت مجرمون عتاة من قبضة العدالة عند اعتناق القضاء لهذه الوجهة على إطلاقها.

وكذلك لا نرى الخروج من هذه الأزمة القانونية للعدالة الجنائية بإطلاق يد القاضى الجنائى فى تكملة النقص التشريعى. إذ يؤدى هذا الحل أحياناً إلى إهدار مبدأ الشرعية حتى فى مضمونه المرن المتكامل الذى نحبذ اعتناقه، وقد يترتب عليه أحياناً اختلال التوازن بين السلطتين القضائية والتشريعية بصورة تعيد للأذهان استبداد القضاء إبان الثورة الفرنسية، وهو ما لا يصح الارتداد إليه[٣].

والحق الذى نراه مخرجاً من تلك الأزمة هو التوسط بين الرأيين السابقين بالأسلوب التالى

أولاً: اتباع أسلوب التتابع الذى سبق وأن فصلناه عند الحديث عن مناهج التفسير، واعتماده كطريقة تفسير ملزمة للقاضى الجنائى على وجه الخصوص . ومفادها أن يبدأ القاضى عند تفسيره للنص الجنائى باستعمال أساليب وقواعد المنهج اللغوى مدعمة بمبادئ المدارس الثلاث الشهيرة فى علم التفسير بما يناسب

---

١ د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٩ .

٢ **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

٣ د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص٦٥٢ .

حالة النص محل التفسير، فإن بلغ مراده، وإلا عرج على أساليب المنهج المنطقى يستعين بها على تفسير النص التفسير المقرر للمعنى الصحيح، فإن قضى مأربه، وإلا سعى إلى قواعد المنهج التاريخى يستنطقها ذلك المعنى .

ثانياً : إن بحث القاضى عن معنى النص بالنظر فى أمور خارجة عنه، كما هو الحال عند استعماله لقواعد المنهج التاريخى، أو عند استجلائه للحكمة التشريعية، أو فى صورته القصوى عند استعماله لأسلوب القياس، فى كل هذه الحالات سيكون بحث القاضى مصوناً من الشطط أو التعدى على سلطة التشريع باحترامه الدائم لضابط الأنموذج القانونى فى حالة نصوص التجريم مصاحباً لضابط المصلحة المحمية من خلال المعيار الذى نقترحه فى منتهى هذه الدراسة[1].

وبهذا الجمع المتوازن بين مقتضيات الشرعية ومتطلبات العدالة يمكن الخروج الرشيد من أزمة العدالة الجنائية عند قيام القاضى الجنائى بالتفسير.

[1] الحديث حول تكملة النقص الحتمى للتشريع فى المجال الجنائى حديث متشعب ومتراكب الأجزاء ، وذلك ما أباح لنا الخروج عن المنهج المعتاد فى البحث العلمى واستباق الحديث حول المعيار الذى نقترحه لضرورة وصل الأفكار الكثيرة التى نجتهد فى الربط بينها بصورة مفيدة لهذه الدراسة وجديدة فى أسلوب تناولها .

المبحث الثانى

الصلة بين سد النقص فى التشريع والتفسير

إن الصلة بين تكملة النقص التشريعى وبين عملية التفسير تتضح بجلاء من خلال حديثنا عن طرق سد النقص فى التشريع، وهما طريقتان، الأولى: طريقة التكميل الخارجى، أما الطريقة الثانية فهى طريقة التكميل الداخلى أو الذاتى. ويحبذ بعض الفقهاء الحديث عن هذا الموضوع تحت مسمى يبرز المشكلة التى تصادف الفقيه أو القاضى عند تكملة النقص التشريعى، فيطلقون الحديث حول الموضوع تحت عنوان التفسير عند عدم وجود نص وتبدو طرافة العنوان فى أن عملية التفسير تفترض وجود نص فكيف يمكن الحديث عن تفسير عند غياب النص بيد أننا نرى فى عرض الفكرة بهذه الطريقة فائدة علمية إذ يربط بين عدة مهام يقوم بها القاضى أو الفقيه بصورة متراكبة ومندمجة وأعنى بذلك مهمة التفسير ومهمة تكملة النقص التشريعى والمهمة الأسمى إقامة العدل بين الناس، والتى تعد المهام الأخرى بالنسبة لها بمثابة الوسائل وتبقى تلك المهمة السامية بمثابة الهدف النهائى من كل عمل يقوم به القاضى أو الفقيه .

المطلب الأول

التفسير عند عدم وجود النص

وإذا كنا قد أوضحنا فى الباب التمهيدى من هذه الدراسة ضرورة التفسير عند وجود النص أيا كانت حالته من الوضوح أو الغموض، فإن هناك تساؤلاً يتبادر إلى الذهن. هو: هل التفسير ضرورى فى حالة عدم وجود النص[١]؟ وللإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن التفسير أمر لازم وضرورة مستمرة للقضاء، وهذا ما عبر عنه بعض الفقهاء بأنه لا قضاء بغير تفسير[٢]، وخاصة إذا كان النص غامضاً كما ذكرنا، فإنه يحتاج إلى مجهود كبير من المفسر لاستجلاء معناه ومحتواه، وذلك بعكس ما إذا كان النص واضحاً ليس فيه غموض، فيكون دور القاضى فى تفسيره سهلاً ميسراً.

وإذا كان القضاء هو المسئول عن تطبيق القانون، وإن لم يجد حلاً للمسألة المعروضة فى نصوص التشريع، فهناك أحد فرضين: الأول أن يكون القاضى ملزماً أن يجد حلاً للنزاع المعروض عليه. أى أن يكون القاضى ملزماً بالفصل فى النزاع المعروض عليه وهذا يقتضى منه تكملة النقص التشريعى ولكن بصورة تحمل معنى "الارتباط بالنص" وبعبارة أخرى أن يكون النظر القانونى للقاضى أساسه الاجتهاد المرتبط بالنص .

والفرض الثانى: لا يلزم القاضى بأن يحكم فى النزاع المعروض عليه، وهذا أمر غير متصور الوقوع.

وبناءً على ما تقدم فإن القاضى ملزم بعدم التذرع بالنقص التشريعى وعليه أن يجد الطريقة المشروعة لسد هذا النقص الذى بينه وبين الفصل فى النزاع المعروض عليه ولا شك فى أن طريقة سد النقص هى التكميل، وأن الوسائل التى حددت لتكميل النقص متنوعة. منها وسائل خارجية تتلمسها خارج النظام القانونى الذى لوحظ عليه النقص، ومنها وسائل داخلية يستعان بها للعثور على الحكم داخل النظام القانونى ذاته[٣]. وهذه الوسائل يمكن عرضها كالتالى :

أ - طريقة التكميل الخارجى[٤] :

---

[١] د/محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٢٢٥ .

[٢] ميرل دفيتى : **مطول القانون الجنائى** ، ص ١١٢ وما بعدها . مشار إليه فى مقال د/ عبد الوهاب العشماوى: **المرجع السابق** ، ص ٢٥٨ .

[٣] بوبيو ، الريجستو الإيطالى الأحدث ، الجزء الرابع ، بند ٩ و ١٠ ، ص ٤٢٢، ٤٢٣ . مشار إليها عند : أستاذنا د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٧.
– د/محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٤٦ .

[٤] Metodo della eterainte qrazione

وهى الطريقة التقليدية فى سد النقص فى التشريع التى نادى بها علماء القانون قبل إثارة الجدل فى كمال التشريع، ومفادها الرجوع إلى مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. فيستطيع القاضى أن يحكم طبقاً لقواعد لم تعد من قبل، إذ فى لجوئه إلى القانون الطبيعى ضمان لحل النزاع وفقاً لقانون مرن يتغير باستمرار، ولقد أخذ بهذه الطريقة القانون المدنى المصرى فى الفقرة الثانية من المادة الأولى.

ب ـ طريقة التكميل الداخلى أو الذاتى[١] :

ومقتضى هذه الطريقة أنه فى حالة وجود نقص فى التشريع يجب على القاضى أن يسد هذا النقص عن طريق التنظيم القانونى ذاته مستعيناً فى ذلك بالقياس، فإن لم يجد فى ذلك نفعاً، فبالرجوع إلى القواعد العامة فى التنظيم القانونى النافذ فى الدولة.

وقد أخذ التقنين المدنى الإيطالى الصادر عام ١٩٤٢ بهذه الطريقة، فنص فى المادة ٢/١٢ على أنه إذا لم يوجد نص فى التشريع يرجع القاضى إلى النصوص التى تنظم الحالات المتشابهة .. فإذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة ، فإنه يحكم وفقاً للمبادئ العامة فى النظام القانونى فى الدولة[٢]. إن هذه الطريقة تعتمد على وسيلتين لسد النقص هما: القياس والمبادئ القانونية العامة.

كما أخذ بها المشرع الجديد للقانون المدنى فى جمهورية اليمن الديمقراطية فى مادته الثانية. والحقيقة أن عدم النص على هذه الطريقة فى قوانين البلاد الأخرى لا يمنع المحاكم من الالتجاء إليها عند الحاجة القصوى[٣]، لأن من المعلوم أن القياس وسيلة معترف بها فى تكميل التشريع، وإن لم ينص عليه كما فعل كل من التقنين المدنى العراقى والمصرى.

أما المبدأ القانونى العام، فهو فكرة عامة تصلح لأن تكون أساساً لمجموعة من الحلول القانونية ، مثال ذلك مبدأ لزوم التعويض عن الأضرار فى المسئولية، ومبدأ حجية الشئ المحكوم فيه ومبدأ عدم جواز الإضرار بغير سبب مشروع، والمبدأ القانونى بهذا المعنى يختلف عن القاعدة القانونية، إذ هو الأساس الذى

– د/محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٤٦ ، ٤٧.

[١] مشار إليها فى مؤلف أستاذنا د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٦ ، بوبيو ، **المرجع السابق** ، بند ١٠ ، ٤٢٣.

[٢] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٥٥٠ .

[٣] د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٢

تستند إليه الحلول التى تتضمنها مجموعة من القواعد القانونية، أما القاعدة القانونية فهى التطبيق العملى للمبدأ القانونى[1].

وفى ضوء هذه التفرقة ، يعتبر من قبيل القاعدة القانونية، القول بأن الجنين صالح لاكتساب الحق بطريق الميراث، ويكون من قبيل المبدأ القانونى القول أنه يجب اعتبار الجنين شخصاً موجوداً كلما وجدت له مصلحة تقتضى اعتباره كذلك، ففى الحالة الأولى وضعت القاعدة القانونية للفصل فى مسألة معينة هى أيلولة الميراث. أما فى الحالة الثانية، فيجيب المبدأ عن مجموعة المسائل التى تتعلق بالأحوال الشخصية، سواء كانت من المسائل المعروفة أم لا[2].

---

[1] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ١٦٠ و ١٦١ .

[2] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ٤٩٤ .

المطلب الثانى
طبيعة العلاقة بين نقص التشريع وعملية التفسير

يرى جانب من الفقه أنه بإمعان النظر فى مدلولى نقص التشريع والتفسير يبين انتفاء أية علاقة مباشرة بينهما، ذلك بأن مجال التفسير هو النص أما مجال النقص فى التشريع فهو الفراغ، ولا تداخل بين المجالين. ومع ذلك فقد اعتبر معظم الشراح النقص فى التشريع من بين حالات التفسير وأسبابه[1].

إلا أننا نرى أن الصواب فى هذا الأمر يقع بين الرأيين السابقين. فرغم كون مدلول النقص فى التشريع لا يندرج فيه موضوع التفسير، وكذلك مدلول التفسير ومحتواه لا يدخل فيه فكرة النقص فى التشريع، إلا أنه توجد صلة وثيقة بين الموضوعين وعلاقة وطيدة . ويعود ذلك فى رأيى إلى الأسباب التالية :

أولاً : إن القصور لا يتحقق إلا بعد تفسير النصوص المتعلقة بالموضوع تفسيراً يأخذ بعين الاعتبار مجموع القواعد القانونية. فلا بد أن يسبق عملية التفسير اتخاذ موقف إزاء القصور فى القانون، ومن المعلوم أن القصور يشكل عبئاً كبيراً على القاضى ، فهو يستبعده ابتداءً، إلا إذا تأكد من عدم انطباق كل النصوص الموجودة على الوقائع الجديدة، وهذا لا يتم إلا بعد التفسير .

ثانياً : قد تتم معالجة النقص عن طريق التنظيم القانونى ذاته، بالاستعانة بالقياس، أو بالمبادئ العامة، فلا يخرج المفسر حينئذ عن دائرة النصوص التشريعية .

ففى القياس يبحث المفسر عن الحكمة الجامعة المشتركة بين حكم النص الموجود والواقعة الجديدة، أى أنه يبحث عن أصل يقاس عليه الوضع الجديد كفرع له. وواضح أن القياس يفترض استعمال نص تشريعى لاستخلاص حكم منه، ولوجود هذه العلاقة بين القياس والنص القائم فى التنظيم القانونى، فقد اعتبره البعض من وسائل التفسير .

---

[1] د / محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

- د/ محمد محمد منصور سلطان : **وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقها ، المرجع السابق** ، ص ٦٢٥ .

وكذلك عند استعمال المبادئ العامة سواء فى التفسير أو تكملة النقص التشريعى، فالأمر يتشابه من حيث طبيعته مع استعمال المفسر قاضياً كان أو فقيهاً للقياس[1] .

وعلى أية حال فإننى لا أعتبر النقص من أسباب التفسير وحالاته بالمعنى الدقيق والحقيقى، وإن كان من الممكن اعتباره كذلك مجازاً وافتراضاً على أساس ما تقدم بيانه وهذا ما يراه أيضاً جانب من الفقه[2]. بل الحق أن النقص نتيجة لا تتضح إلا بعد تمام التفسير لنص ما. ولكن قيام القاضى بالمهمتين معاً وأعنى بهما التفسير وتكملة النقص التشريعى، وهو الذى أدى إلى إدراج حالات تكملة النقص التشريعى الواجبة ضمن نظرية التفسير.

إلا أننا نود أن نلفت النظر فى هذا الموضع إلى ما قررناه من قبل من أن هذا السجال الفقهى يختلف من حيث المضمون والأثر مع السجال الفقهى الخاص بمدى وضوح النص أو غموضه كأساس لتحديد مجال التفسير داخل التشريع. وهو ما اصطلح على تسميته بنظرية النص الواضح والنظريات المقابلة لها . وقد توافرنا على بحث هذه المسألة فى الباب التمهيدى.

---

[1] انظر فكرتنا حول أوجه تشابه القياس والمبادئ العامة القانونية ووجه التباين بينهما ماسيلى ، ص ٩٨٢ .

[2] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٥١.

المبحث الثالث

الحدود القانونية

لتكميل القاضى للنقص فى التشريع

نتناول فى هذا المبحث الحدود القانونية لتكميل القاضى للنقص فى التشريع، وذلك من خلال النظرة الموضوعية لمشكلة نقص النصوص فى القانون الجنائى. ونتحدث بعد ذلك عن مدى جواز لجوء القاضى الجنائى إلى القياس لتكملة النقص التشريعى .

المطلب الأول

النظرة الموضوعية

لمشكلة نقص النصوص فى القانون الجنائى

على الرغم من أن القانون كثيراً ما يكون ناقصاً بل عاجزاً عن مسايرة التطور الاجتماعى، فإننا نجد الفقه التقليدى لا يريد الاعتراف بتلك الحقيقة. إن الفقه التقليدى معتقدا بأن القاضى سوف يجد دائماً الضوابط التى تحدد المفاهيم المرنة وأوجه النقض الظاهرية، وذلك إذا ما تعمق بنظرة فى النظام القانونى. وعلى الرغم من أن النقص فى التشريع هى حقيقة واقعية غير مذكورة، فإن الفقه التقليدى لا يعترف للقاضى بمكنة ملئها باعتبار أن عمل القاضى لا يمكن أن يكون منشئاً.

ولكن إذا كان الفكر التقليدى المحافظ قد بذل قصارى جهده بعدم منح القاضى أية مكنه فى ملء الفراغات التشريعية منادياً بمبدأ الفصل بين السلطات، فقد ظهر قصوره فى التمسك به حتى النهاية بصدد المواد التجريمية، فإذا كان القاضى ليس من اختصاصه خلق القانون وإنشائه فإن له على الأقل أن يساهم فى هذا الإنشاء بتطوير القاعدة القانونية بما يتلاءم وتطور الحقائق الاجتماعية التى تنظمها القاعدة القانونية[1].

المطلب الثانى

---

[1] قارن أيضاAntolisel , ll giudice penal , cit ., p.. ll esegg مشار إليه فى مؤلف د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٨٣ .

- د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠.
- د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٦٥٣ ، ٦٥٤ .

مدى جواز لجوء القاضى الجنائى إلى القياس
لتكملة النقص التشريعى

إن الشكل الذى ظهر به مبدأ الشرعية فى الفقه التقليدى، ونصت عليه بعض التشريعات يسمح بنوع من القياس، ولا يسمح بالنوع الآخر، فالقياس الجائز فى محيط قانون العقوبات هو ما يطلق عليه القياس لصالح المتهم، أى الذى يحد من تدخل الدولة بالعقاب، والقياس الذى يؤدى إلى النتيجة العكسية ممنوع لدى هؤلاء الفقهاء. وتبعاً لذلك فإن من المستقر عليه لديهم إجازة القياس بصدد أسباب الإباحة، وموانع المسئولية والعقاب على التفصيل الذى أوضحناه بالباب التمهيدى .

وأما النوع الثانى من القياس فهو المتعلق بالتجريم والعقاب، والمتمسكون بمبدأ الشرعية فى مفهومها التقليدى يحظرون القياس فى هذا النطاق، إذ يرونه خرقاً للمبدأ وانتهاكاً للحرية الفردية.

غير أن أنصار المنهج الواقعى يرون أن هذا القول الذى سيطر على أذهان الغالبية العظمى من رجال القانون التقليديين والمعاصرين، يحتاج إلى إعادة نظر على ضوء التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية فى المجتمعات المعاصرة[١].

ونحن نرى أن الحجج التى تقال فى الرد على الفقه التقليدى، والتى سنوردها الآن، إنما تدل على أن الأصل على مر تاريخ النظم القانونية هو عدم التفرقة بين قواعد القانون الجنائى، من حيث جواز القياس عليها، وبين غيرها من القواعد القانونية وأضف إلى ذلك أن الحقبة التى ظهر فيها الرأى المفرق بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد فى الفقه التقليدى هى الاستثناء السياسى والاجتماعى والثقافى الذى كان يبرر تلك الآراء، وبزوال تلك الظروف فمن الطبيعى أن يعود الأمر إلى ما كان عليه وتعود النظرة الصحيحة إلى المسألة المطروحة.

وأولى الحجج التى تساق فى الرد على الفكر التقليدى تقوم على أن النقص التشريعى وقصور التشريعات القائمة عن ملاحقة التطور السريع للمجتمعات، يتطلب إعادة تقويم للاعتبارات التى دفعت الكثيرين إلى المغالاة فى التمسك بمبدأ

---

[١] أنظر انتوليزى per un indirizzo ، مشار إليه فى مؤلف د/ مأمون سلامة : حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ٣٩ وما بعدها.

- د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠ ، ٥١ .

الشرعية . ذلك بأن القول بخرق المبدأ بمجرد إباحة القياس فى المواد التجريمية فى ظل الأنظمة الحرة، ومحاولة ربط هذا الرأى بفكر سياسى معين، أمر محل نظر وتعميم لا دليل عليه. فهناك من التشريعات الجنائية المتأثرة بالفكر المحافظ بصفة عامة فى دول ديمقراطية، قد ألغى فيها النص الصريح على حظر القياس ومثال ذلك ما حدث فى الدانمرك[١].

بل إن هناك أنظمة قانونية ملتزمة أيضاً بمبادئ الفكر المحافظ لا تعرف أصلاً حظر القياس فى كافة فروع القانون، ومثال ذلك النظام الإنجليزى[٢]. ومن ناحية مقابلة فقد نصت بعض التشريعات المتأثرة بالفكر المطلق فى أنظمة غير ديمقراطية على حظر القياس، كما هو الحال فى قانون العقوبات الإيطالى الصادر فى ظل النظام الفاشستى.

ومع ذلك يلاحظ أن النظم الأنجلوسكسونية تمنع القياس بالنسبة للمواد الجنائية ليس بسبب وجود نهى، أو بسبب الاعتبارات الخاصة بقانون العقوبات، وإنما بسبب أن نظام المصادر القانونية الخاصة بهذه الأنظمة، يتطلب أن تكون الحالة المماثلة غير المنصوص عليها تطبق فى شأنها الشريعة العامة. وذلك بافتراض أن القانون المكتوب يشكل استثناءً بالنسبة للقانون غير المكتوب. وقد ثار الخلاف حول ما إذا كان من الممكن توقيع العقوبة مع انعدام السوابق القضائية، فذهب البعض إلى جواز ذلك، بينما اتجه البعض الآخر إلى استخلاص المعنى العكسى[٣].

ومن أجل ذلك يرى أنصار المنهج الواقعى أن ربط مبدأ الشرعية، وترتيب حظر القياس عليه، بنظام سياسى معين هو أمر مفروض، وتبعاً لما تقدم ، فإنه يتعين تقييم المبدأ وآثاره على ضوء السياسة الجنائية.

فمن الثابت أن الضرورات الاجتماعية هى التى تحدد سياسة المشرع الجنائية. وإذا كانت هذه الضرورات متغيرة ومتطورة، فمن الخطأ تقييد

---

١ saint- hilaire , la crise , cit ., p١٣٥ .

مشار إليها فى مؤلف أستاذنا د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص٣٩ .

٢ د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٤١٣.

٣ Jackson, "**Lommon Law Misdemeanors**", in the Cambridge law journal, ١٩٣٧ – ١٩٣٨, p. ١٩٣.

- Cross, Jones, "An Introduction to Criminal Law", London, ١٩٤٨, p. ١٧.

– د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٥٠، ٥٢ .

القاضى الجنائى بمبدأ الأصل فيه أن يحمى المصالح الاجتماعية فيصبح عبئاً عليها وضاراً بها .

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن المشرع مهما أوتى من دقة، فإنه لن يتمكن من حصر جميع الأفعال الجديرة بالتجريم لضررها بالمصالح والأهداف التى يرمى إلى تحقيقها. ولذلك فإن مبدأ الشرعية فى صورته التقليدية لن يفيد سوى الأفراد الذين يعرفون كيف يتصرفون على هامش القانون دون أن يقعوا تحت طائلة نصوصه التجريمية[١].

والفقه التقليدى يتناقض مع منطقه حين يسلم بقاعدة عدم الاعتداد بالجهل فى قانون العقوبات، ويتمسك فى الوقت ذاته بمعنى مجرد ومطلق لمبدأ الشرعية كضمان للحريات الفردية. فمما لا شك فيه أن وجود قاعدة عدم الاعتداد بالجهل بقانون العقوبات بالمضمون المطلق والعام، والذى يقول به هذا الفقه يخالف مقتضيات العدالة الحقيقية لوجود حالات كثيرة ينتفى فيها القصد الجنائى للمتهم، وتظل مسؤليته الجنائية معقودة، أخذاً بمطلق هذا المبدأ[٢].

ومما لا شك فيه أن تقرير جواز القياس فى مواد التجريم مع وضع الضوابط لذلك أقل خطورة على الحريات، مما يسفر عنه تطبيق قاعدة عدم الاعتداد بالجهل بنصوص قانون العقوبات.

والقول المتفق عليه فى تبرير مبدأ الشرعية يتمثل فى ضمان الثبات والاستقرار القانونى[٣]. غير أن الثبات القانونى المنشود قد لا يتحقق دائماً إذا ما أخذنا بهذا المفهوم التقليدى لمبدأ الشرعية. فلم يتشكك أحد فى وجود الثبات القانونى فى الأنظمة والتشريعات التى لا تنص على مبدأ الشرعية. وكذلك، فإنه ليس من عناصر الثبات القانونى ضياع حقوق المجنى عليهم وهروب الجناة من تحت طائلة العدالة، بذريعة احترام مبدأ الشرعية عند تجدد صور الإجرام وعجز المدلول اللفظى عن احتوائها .

وما دام الأمر كذلك فإن الشرعية الشكلية التى أرادها الفكر المحافظ، وتبعه فيها الفقه التقليدى قد فقدت مقومات وجودها، وأصبحت تشكل عبئاً على العدالة

---

[١] انتولبزى : II giudice ، مشار إليه فى مؤلف د/ مأمون سلامة : حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص ٥٥ وما بعدها .

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

[٣] – د / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٥٦.

– د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ٥٢ وما بعدها.

الاجتماعية التى يجب أن تؤسس على شرعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية، حتى يكون القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليست مجرد عدالة شكلية.

فإذا اقتضت تلك الضرورات إباحة القياس أو عدم سريان قاعدة القانون الأصلح، فليس معنى ذلك الوقوع فى نطاق عدم الشرعية، بل بالعكس نكون قد أصبنا جوهر الشرعية. وغنى عن البيان أن الضرورات الاجتماعية يقدرها المشرع، ويحدد الضوابط التى يستعين بها القاضى فى تحديد مطابقة الواقعة المادية للواقعة النموذجية محل التجريم، وبذلك يتم التوفيق بين الشرعية القانونية وبين العدالة الحقيقية، ليتمكن بذلك قانون العقوبات من أداء وظيفته فى تطوير المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية المتجددة[1].

كذلك أيضاً لا يجدى المعيار الذى يستعين به أنصار الاتجاه الشخصى، والذى مؤداه أن التفسير يرتبط بالبحث عن إرادة المشرع الحقيقية، بينما يقوم القياس على البحث عن موقف المشرع، وافتراض إرادته فيما لو أخذ فى حسبانه الواقعة أو الحالة غير المنصوص عليها.

فجمهور الفقه الآن على أن العبرة هى بإرادة التشريع بالمعنى الموضوعى، وليس بإرادة المشرع بالمعنى الشخصى. ومن ثم يشترك كل من التفسير اللغوى والمنطقى والقياس فى الاهتمام بالمصلحة المحمية من وراء النص.

المبحث الرابع

الحدود الشرعية لتكميل القاضى للنقص فى التشريع الوضعى المقتن لأحكام الشريعة الغراء

نتناول فى هذا المبحث الحدود الشرعية لتكميل القاضى للنقص فى التشريع، وذلك من خلال بيان الفارق بين الاجتهاد والتفسير وبين القول بالرأى. ونتحدث بعد ذلك عن مجال الاجتهاد فى التفسير والفرق بين الاجتهاد والقياس .

---

[1] - د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٤ ، ٤٠٥ ، ٤١٣ .

- د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٠ وما بعدها.

المطلب الأول

تمييز الاجتهاد والتفسير من القول بالرأى المحظور

إن فكرة النقص التشريعى تثور دائماً طالما كان القاضى مضطراً إلى الوقوف عند النص الوضعى حتى وإن كان مستمداً من الشريعة الغراء. فتقنين أحكام الشريعة الغراء يجعل من الوارد تعرض القاضى إلى حالة من حالات النقص التشريعى الذى يمكن أن يعترى التشريع الوضعى الشرعى، كما أحب أن أسميه لفائدة جمة، وهى ألا ننسى الجانب البشرى فى القوانين الشرعية. ويتمثل الجانب البشرى فى عملية "التقنين" للمبادئ أو الأحكام الشرعية. واحتمالات وقوع المشرع الوضعى فى مزالق القصور التشريعى السالفة البيان، واردة وإصلاحها تشريعياً وقضائياً واجب سواء تضمنت أحكاماً شرعية أو غير ذلك، بل فى الحالة الأولى، يكون داعى الإصلاح أوجب .

والخلاصة التى وددت التأكيد عليها فى هذه المثابة، أن القدسية الدينية والعلو الدستورى[١]لأحكام الشريعة الغراء لا تنسحب بصورة مطلقة على النصوص المقننة لتلك الأحكام، ولا يجعل تلك النصوص الوضعية عصية على النقد، أو النقض، لكونها متدثرة بدثار الشرع الحنيف، بل ذلك الدثار الشريف يجعلها عرضة أكثر من غيرها من النصوص الوضعية للنظر الفقهى والقضائى المفضى إلى إصلاحها وتغييرها وتطويرها، بما يرقى بها دوما إلى ما يليق بالشريعة الغراء التى تنطق هذه النصوص بأحكامها.

وأما بالنسبة لمسألة النقص التشريعى الحقيقى للمسائل التفصيلية، فالفقه الجنائى الإسلامى المعاصر يتردد بين الرأيين القديمين فى الفقه الشرعى حول مدى تصور وجود نقص فى التشريع الإسلامى الأصلى أى فى الكتاب العزيز والسنة المطهرة .

والحديث بطبيعة الحال يدور حول الحلول والأحكام التفصيلية للمنازعات والأقضية التى تنشب بين الناس على مدار الأزمان واختلاف البلدان. إذ لا خلاف بين الفقهاء على أن المبادئ العامة والأصول الكلية للشريعة الغراء لا نقص فيها لكل ما يحتاجه بنى البشر فى كافة نواحى الحياة.

---

[١] الشريعة الغراء هى التى تعلو بالدستور حين يقرر التحاكم إلى أحكامها ويجعل منها المصدر الرئيسى للتشريع، غير أن المصطلح المستخدم فى المتن يشير إلى التدرج التشريعى الوضعى كما هو معروف فى الفقه القانونى حيث يجعل النص الدستورى فى المرتبة العليا من السلم التشريعى .

فلم يحصر معظم الفقهاء الأحكام الشرعية فى النصوص، بل أقروا الاجتهاد والرأى. وعلى سبيل المثال، فقد جاء فى كتاب "الملل والنحل" للعلامة الشهرستانى[1] قوله "وقد استفاض الخبر عن النبى صلى الله عليه وسلم، أنه لما بعث معاذ إلى اليمن قال: يا معاذ بم تحكم قال بكتاب الله، قال: فإن لم تجد ، قال: فبسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد، قال: اجتهد رأيى، قال النبى، صلى الله عليه وسلم: الحمد لله الذى وفق رسول رسوله إلى ما يرضاه، وعلل الشهرستانى ظاهرة إمكان النقص فى النصوص أحسن تعليل بقوله "نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد فى كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، ومالا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى على قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجباً الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد".

ومن ناحية أخرى فإن الفقه الشرعى يفرق بين نتاج عملية التفسير التى يقوم بها القاضى فى طيات حكمه وبين الفتوى التى تصدر عن القاضى أو الفقيه خارج نطاق الحكم القضائى. ولتلك التفرقة أهميتها وآثارها سواء فى مجال الحديث عن مدى الإلزام الذى يتمتع به الاجتهاد فى الحالتين، أو فى مجال البحث عن الحدود المتاحة والمباحة لتكملة النقص التشريعى بالمفهوم السابق. وكما سبق وأن أوردنا فإن هذا المفهوم هو الذى قررته دار الإفتاء المصرية باضطراد فى الفتاوى الصادرة عنها منها ما قررته من أن "الفتاوى مبينه للحكم الشرعى غير ملزمة ، فلا تنفذ قهراً إلا بحكم قضائى إلا فى بعض الأحوال "[2].

ولكى تضح معالم التفرقة بين الاجتهاد الشرعى والتفسير الصحيح من جهة، وبين القول بالرأى المحظور شرعاً، نذكر ما ثار من اختلاف بين العلماء فيما يختص بتفسير القرآن حول القول فيه بالرأى، فمن مجيز ومن محرم، وكان مرد ذلك آثاراً ونصوصاً وردت فى المسألة دعت إلى تعدد الأنظار وتنوع المذاهب والمسالك .

وكان جماع ما ذهب إليه الأكثرون من سلف هذه الأمة وخلفها حمل هذه النصوص على التفسير الذى يخرج عن سنن الشريعة فى كتابها وسنتها ولسانها على تنوع السبل التى أثرت عنهم فى ذلك.

فهذا إمام المفسرين أبو جعفر الطبرى، المتوفى سنة ٣١٠هـ، يرى أن ذم التفسير بالرأى محمول على ما كان من تأويل نصوص الكتاب بما لا يدرك علمه

---

[1] العلامة / محمد عبد الكريم الشهرستانى : **الملل والنحل** ، ، الجزء الثانى ، المطبعة الأدبية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٣١٧ هـ ، ص ٣٩ وما بعدها .

[2] سبق الإشارة لهذه الفتوى بالتفصيل بالباب التمهيدى عند الحديث عن التفرقة بين التفسير القضائى والإفتاء .

إلا بنص بيان رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو بدلالة قد نصها دالته أمته على تأويله، وذلك كما فى بيان مجمله وتفصيل حقوقه وحدوده ومبالغ فرائضه ومقادير اللازم لبعض خلقه، وما أشبه ذلك من أحكام أى الكتاب التى لا يدرك علمها إلا ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا منه[1].

وإذن فما كان وراء ذلك فجائز القول فيه بالرأى، ولا يدخل فى نطاق المحظور المنهى عنه، وجاء الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥هـ فزاد الأمر وضوحاً حين قرر أن التفسير بالرأى جائز إلا فى موضعين:

أولهما : أن يكون التفسير بالهوى، أو بأن يكون للمفسر فى موضوع الآية رأى معين وله ميل إليه بطبعه، فيتناول النص القرآنى وفق رأيه وهواه ليحتج به على تصحيح غرضه، وما يجنح إليه .

ولو لم يكن له ذلك الميل لم يطرق ذلك الباب من التفسير[2]. فهذا هو الرأى المذموم المنهى عن القول به. وعلى ذلك تكون النصوص الواردة فى النهى عن القول فى القرآن بالرأى منصبة على هذا الرأى الفاسد الذى كان قوامه الهوى لا الاجتهاد الصحيح .

ثانيهما : المسارعة إلى تفسير نصوص الكتاب بظواهر الألفاظ فى الآيات من غير معرفة بالمنقول من الآثار فى موضوعها، كما فى أخبار الصحابة الذين شاهدوا التنزيل، وأدوا إلينا من السنن ما يكون بيانا للكتاب، ومن غير ما قبله لتلك الآيات بعضها ببعض حسب موقع كل منها من السياق وسبب النزول، كل ذلك مع التعرى عن معرفة الأعراف الشرعية التى أدخلت كثيرا من المعانى فى طور جديد، وعدم العلم بغرائب القرآن ومبهماته وأساليبه البيانية من إضمار وحذف وتقديم وتأخير وغير ذلك، وأساليب الاستنباط منه من معرفة وجوه دلالة الألفاظ على معانيها، وحمل العام على الخاص، والمطلق على المقيد. فالتفسير فى مثل هذه الحالة تفسير بالرأى عار عن مؤهلات النظر ووسائل المعرفة بمدلولات نصوص الكتاب، يعرض صاحبه للزلل والانحراف.

فمن لم يحكم ظاهر التفسير وبادر إلى استنباط المعانى بمجرد فهم العربية، كما يقول الغزالى، كثر غلطه ودخل فى زمرة من يفسر بالمرأى، وعلى هذا فلابد

---

[1] - الإمام / ابن جرير الطبرى: **تفسير الطبرى** ، الجزء الأول ، ص ٧٨ ، ٧٩ .

- د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٢٨.

[2]- الإمام / أبى حامد الغزالى : **إحياء علوم الدين** ، الجزء الأول ، ص ٤٣ ، ٢٩٨ .

- الإمام / ابن جرير الطبرى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨ ، ٢٩ .
- د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٢٨،٢٩.

إلى جانب العربية من السماع والنقل فى ظاهر التفسير أولاً ليتقى به مواضع الغلط، ثم بعد ذلك يتسع التفهم والاستنباط .

ومما لاشك فيه أن الغرائب التى لا تفهم إلا بالسماع كثيرة، ولا مطمع فى الوصول إلى الباطن، وهو ما يستنبطه العلماء من دقيق المعانى إلا بإحكام الظاهر[1]، ففى قوله تعالى: "وآتينا ثمود الناقة مبصرة "[2]المعنى: وآتيناه ثمود الناقة معجزة واضحة، وآية مبينة على صدق رسالته، فظلموا أنفسهم بعقرها، فالأخذ بظاهر العربية فحسب يجعل الناظر فى الآية يظن أن مبصرة من الإبصار بالعين، وهو حال من الناقة وصف لها فى المعنى، ولا يدرى بعد ذلك بماذا ظلموا أنفسهم وغيرهم. فهذا من الحذف والإضمار، وأمثال ذلك فى القرآن كثير.

هذا ونرى أن تفسير نصوص الأحكام من الكتاب والسنة بالمعنى الذى قررناه يعتبر نوعا من أنواع الاجتهاد الصحيح، وهو من التفسير المحمود الذى ترضى عنه الشريعة، ولا يتعارض مع مبادئ الكتاب والسنة.

وهكذا نعود لنأكد ما قررناه من قبل أن الاجتهاد الذى نعنيه بتفسير النصوص هو من الرأى المحمود الذى لا ينأى عن الشريعة بكتابها وسنتها ولسانها، وليس من الرأى الذى يكون من ورائه الهوى أو الجهل .

وخلاصة ما نراه فى المسألة أن الرأى على نوعين :

أولهما : الرأى المحمود: وهو الذى يجرى على موافقة معهود العرب فى لسانها وأساليبها فى الخطاب مع مراعاة الكتاب والسنة، وما أثر عن السلف .

ثانيهما : الرأى المذموم: وهو الذى يجافى قوانين العربية، ولا يتفق مع الدلالات الشرعية، والقواعد الشرعية فى البيان والأحكام.

وللنوع الأول من وجهة نظر الفقه دور هام فى الأصول والفروع للعمل بشريعة الإسلام، فهو الرأى الذى يفسر النصوص ، ويبين وجه الدلالة منها ويقررها، ويوضح محاسنها، ويسهل طرق الاستنباط منها، حيث يهيئ للمكلف سبيل الخروج من العهدة فى امتثال المأمورات واجتناب المنهيات وتحقيق

---

[1] -الإمام / أبى حامد الغزالى : **المرجع السابق** ، ص ٢٩٨ .

- تفسير القرطبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨ ، ٢٩ .
- الأستاذ / محمد أبى زهرة : **مصادر الفقه الإسلامى (الكتاب والسنة)** ، ص٥٥ .
- الأصفهانى : **مقدمة الراغب للتفسير** ، ص ٤٢٢ ، ٤٢٣ .
- فضيلة الشيخ الشهيد / محمد حسين الذهبى : **التفسير والمفسرون** ، الجزء الأول ، ص٢٥٩ .

[2] - سورة الإسراء : الآية [٥٩] .

الأحكام. وفى هذه الحدود يلتقى هذا مع ما أسلفناه عن عبد الله بن المبارك يقول بمناسبة الحديث، والرأى ما يفسر لك الحديث، وهذا هو المفهوم الذى يختص الله به من يشاء من عباده[1].

والنوع الثانى هو الذى تخوف منه السلف الأمناء على كتاب الله الكريم، فهو المقصود بكلام عمر بن الخطاب يقول: "ما أخاف على هذه الأمة من مؤمن ينهاه إيمانه، ولا من فاسق بين فسقه، ولكنى أخاف عليها رجلا قد قرأ حتى أذلقه بلسانه، ثم تأوله على غير تأويله.

- **مجال الاجتهاد فى التفسير** :

إن مصطلح الاجتهاد هنا يعنى كل جهد يقوم به القاضى أو الفقيه وكل إعمال لملكاته أثناء قيامه بتفسير النصوص، وأشرنا فيما سبق إلى أن النصوص المعنية هى نصوص الأحكام فى الكتاب والسنة، ذلك أن إليهما مرد سائر الأدلة الأخرى، فهما منبعها الأصيل وموردها الذى تستقى منه. فالاجتهاد هو المظلة الأشمل التى تندرج تحتها كل أنواع الجهد المستفرغ فى بيان النصوص واستنباط الأحكام .غير أن هذه النصوص لا تتسم كلها بطابع القطعية، فإذا كانت نصوص الكتاب قطعية الثبوت، فهى ظنية الدلالة فى كثير من الأحيان .

وما صح من نصوص السنة، فهو قطعى الثبوت فى حال التواتر وهى قليلة ، ولكن تبقى معظمها فى دلالتها عند حدود الظنية، وما ليس بمتواتر من السنة فهو ظنى الثبوت ظنى الدلالة .

ومجال الاجتهاد فى التفسير هو النصوص الظنية، سواء أكان ذلك من ناحية ثبوتها أو من ناحية دلالتها، وهذا الأخير يكون فى الكتاب والسنة. والأمثلة على ذلك كثيرة وفيرة[2].

ونكتفى لتوضيح الفكرة بالمثال التالى : يقول تعالى "**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ**"[3]، فهذا النص يضم إلى قطعيته لكونه قرآنا أنه قطعى فى

---

[1] – الإمام / ابن عبد البر : **جامع بيان العلم وفضله** ، الجزء الثانى ، ص ٣١ .

– الإمام / ابن القيم : **إعلام الموقعين عن رب العلمين** ، الجزء الأول ، ص ٨٢ .

– د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٣٤ ،٣٥ .

[2] د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١ وما بعدها ، ص١٠٢ وما بعدها إلى ص١٠٥.

[3] سورة البقرة: من الآية٢٢٨

وجوب اعتداد المرآة بثلاثة قروء، فهذا حكم قطعى لا يقبل الاجتهاد[1]، إذ لا اجتهاد فى مورد النص، ولكن تحديد مدلول لفظ القرء، والمراد منه أهو الحيضة أم الطهر؟ يبقى مجالا للاجتهاد عند تفسير النص، بحيث يكون على المجتهد البحث عن القرائن والمؤيدات التى تهدى إلى المراد من القرىء، لأنه لفظ مشترك فى أصل الوضع فقد جاء عن العرب، كما هو معلوم، استعماله فى الحيضة كم جاء استعماله فى الطهر. وهكذا كان هذا النص القرآنى مجالا للاجتهاد لما كان من الظنية فى دلالته على الحكم المراد .

والخلاصة التى نود التأكيد عليها من العرض المتقدم هى أن وسيلة المفسر فى الاجتهاد الصحيح هى المعرفة التامة بنصوص الأحكام من الكتاب والسنة، وعلم محيط بالعربية التى نزل بها الكتاب العزيز، ودراية بالبيئة العربية التى نزل فيها الوحى، وإلمام بأسباب النزول وتاريخه، واطلاع على الضوابط الأصولية التى وضعها العلماء لتفسير النصوص والكشف عن معانيها ومدلولاتها عندما يراد استنباط الأحكام منها.

ومن ثم نقرر أن ما ندرسه من قواعد التفسير وضوابطه هو التطبيق العلمى لهذه الشروط التى لابد من توافرها لمن يريد مواجهة النص الشرعى، ليستنبط منه الحكم ويدرك معناه على شكل سليم، وهى الأساس العلمى للاجتهاد السليم فى محيط النصوص الوضعية أيضاً.

- **الفرق بين الاجتهاد والقياس :**

الاجتهاد مظلة متسعة تندرج تحتها ألوان شتى من المعانى، فالتفسير كما أسلفنا، لون منها، والقياس إما أنه مصدر من مصادر التشريع بالمعنى الواسع، أو هو وسيلة من وسائل التفسير.

---

[1] - د/كمال الجوهرى : **المرجع السابق** ، ص٢٣٣ ،ذكر مثال لفظ القرء .
- الشيخ / على حسب الله : **المرجع السابق** ، ص٢٤٩ .
- أستاذنا د / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص٢٤٨ .
- د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٦٨٠ (لأن لفظ ثلاثة من العدد ، وهو خاص قطعى الدلالة لا يحتمل البيان)ص٤٦.
- د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص٤٢٨ .
- د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٤٦ .

وفقهاء الأصول متفقون على أن الاجتهاد أعم من القياس، فالاجتهاد كما أسلفنا، يشمل بذل الجهد فيما لا نص فيه للوصول إلى الحكم عن طريق القياس، أو الاستحسان، أو المصلحة المرسلة، أو الاستصحاب، أو أى طريق من طرق الاستنباط التى نصبت أمارة للدلالة على الحكم، فإنه يشمل كذلك بذل الجهد فى حالة وجود النص للوصول إلى الحكم الشرعى الذى دل عليه النص.

أما القياس فهو استفراغ الجهد فيما لا نص فيه لإلحاقه بما فيه نص، والتسوية بينهما فى الحكم إذا ثبت اشتراك الواقعتين فى العلة، فالاجتهاد أعم من القياس، وهكذا ، فإن كل قياس اجتهاد وليس العكس[1].

وبناءً على ما تقدم فمجال الاجتهاد يتمثل فيما يعرض للمكلف من وقائع سواء أكانت فى حدود المنصوص أم فى حدود غير المنصوص، وأما القياس، فإن مجاله الوقائع التى لم ترد فيها النصوص.

ولأن الاجتهاد أعم من القياس، فمن الطبيعى أن تتعدد طرقه بحيث تشمل فى حالة وجود النص بذل الجهد لفهمه وبيانه، والتوفيق بين ما ظاهره التعارض من النصوص والترجيح بينهما، وبذل الجهد فيما لا نص فيه بالقياس وغيره. بينما لا يرى للقياس إلا طريقة واحدة هى البحث عن العلة للتسوية فى الحكم بين الواقعتين[2].

---

[1] - الشيخ / زكريا البرديسى : **أصول الفقه** ، ص٤٦٥ ، ص٤٦٦.

- د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٤٧ .

- د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٠٢ ،١٠٣ .

- د /كمال الجوهرى : **القصور التشريعى** ، **سلطة القاضى الجنائى** ، ص٢٣٣ ،٢٣٤ .

[2] د / محمد أديب صالح : **المرجع السابق** ، ص٤٢،٢١ .

المبحث الخامس
فكرة الاجتهاد الجماعى
وضرورة تطوير تطبيقاتها المعاصرة

من الجدير هنا الإشارة إلى فكرة الاجتهاد الجماعى فى الفقه الشرعى المعاصر وتطبيقاتها المتواضعة النتائج بالمقارنة بالمأمول منها. وتقوم هذه الفكرة على أساس ندرة المجتهدين مع اشتداد الحاجة إلى الاجتهاد، كلما جدت أمور لم يترك المجتهدين الأوائل سوابق فقهية تحكمها[1].

وتفصيل هذا الأمر يبدأ من تحديد الشروط التى يلزم توافرها فى المفتى أو القاضى للقول ببلوغه مرتبة الاجتهاد، ثم يثنى ببحث مراتب المجتهدين بناءً على مدى توافر تلك الشروط. وندرة المجتهدين التى ذكرناها كسبب دفع الفقهاء المعاصرين إلى طرح فكرة الاجتهاد الجماعى، إنما تشير إلى ندرة أصحاب مرتبة الاجتهاد المطلق، والتى يبلغ بعض فقهاء الأصول فى تعداد شرائط بلوغها إلى العشرة شروط أدناها الإلمام التام باللغة العربية وكافة علومها. ومصطلح الاجتهاد المطلق يقل عنه فى المرتبة ما يسمى بالاجتهاد الترجيحى، ومعظم علماء الشريعة المتخرجون من المؤسسات الدينية العريقة كالأزهر الشريف، تتوافر فيهم الشرائط التى وضعها علماء الأصول للمجتهد المرجح أى المرجح بين أدلة المجتهدين الأرفع منه درجة دون تجاوز الترجيح إلى النظر المباشر فى المصدرين العزيزين لاستنباط الحكم منهما ابتداءً[2].

وقد يكون التقسيم المذكور فى حاجة إلى بحث أو بحوث مستفيضة لتحرير آراء الأقدمين من علمائنا فى المسألة وإعادة النظر فيها، وهو ما يخرج عن موضوع هذه الدراسة من ناحية، ويخرج عن حدود ما نظنه فى أنفسنا

---

[1] أنظر عرض فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف لواجب الاجتهاد على الجماعة الشرعية الذين توافرت فى كل واحد منهم المؤهلات الاجتهادية التى قررها علماء الشرع الإسلامي ويضيف بأنه " لا يسوغ الاجتهاد لفرد مهما أوتى من المواهب " ، **المرجع السابق** ، ص ١٢وما بعدها.

[2] أنظر الفتاوى الصادرة من دار الإفتاء المصرية الموقرة والخاصة بتحديد معنى " المقلد " و" المجتهد المطلق " وضوابطهما ، ومدى الاستفادة المشروعة من اختلاف الفقهاء ، ومدى مشروعية تتبع الرخص فى المذاهب الفقهية .

من مقدرة علمية، وحسبنا هذه الإشارة نستثير بها همماً وعزائماً لمن هم أهل للتصدى لمثل هذه الأمور[1].

ولما كانت شرائط الاجتهاد المطلق يمكن توافرها فى جمع من العلماء منهم عالم اللغة، ومنهم عالم الفقه، ومنهم عالم الأصول، وآخر عالم فى الحديث .. وهكذا، فقد ظهرت فكرة الاجتهاد الجماعى على هذا الأساس. وقد طبقت الفكرة بشكل غير كامل فى مصر تحت مسمى مجمع البحوث الإسلامية أو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، وآخر بالمملكة العربية السعودية، وثالث بالجمهورية الإسلامية الإيرانية.

ويرتبط بالموضوع الذى نحن بصدده الأفكار المعاصرة فى علم أصول الفقه المتعلقة "بالإجماع" كأحد المصادر الشرعية للأحكام. وحرى بنا هنا أن نعرض فى هذا الصدد رأياً لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف وثيق الصلة بالأفكار التى نحاول إلقاء الضوء عليها بما يخدم هذه الدراسة. وخلاصة ما يراه الأستاذ الجليل أن الإجماع هو اتفاق المجتهدين من هذه الأمة فى عصر على حكم شرعى[2]. وهو حجة قوية فى إثبات الأحكام الفقهية بحيث يأتى بعد السنة النبوية فى المرتبة، ودليل اعتباره فى هذه المكانة من مصدرى التشريع مجموعة آيات وأحاديث، منها قوله صلى الله عليه وسلم "لا تجتمع أمتى على الضلالة".

والإجماع نوعان، قولى وسكوتى، أما القولى فيكون بتداول الرأى واتفاق صريح من العلماء، وأما السكوتى فيكون بأن يفتى أحدهم بحكم مع علم بقية علماء العصر، فلا تعرف من أحدهم مخالفة ولا تأييد. والنوع الأول هو الحجة المسلمة، أما الثانى فمختلف على حجيته ودرجة اعتباره وشرائطه[3].

ويرى الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بحق أن من "يحقق النظر فى منشأ فكرة الإجماع فى التشريع الإسلامى، وفى كيفية الإجماع الذى انعقد فى أول

---

[1] لنا بحث غير منشور بمكتبة الدراسات العليا بكليتنا العريقة حقوق القاهرة بعنوان "**نهضة الشريعة الغراء بين حرية الاجتهاد وشروط الاجتهاد** ". تعرضت فيه بالتفصيل لجوانب الموضوع من الوجهة الشرعية أساسا ، وبينت أهميته فى عصمة الأمة من فتن التطرف والجموح التى تواكب دخول غير المتخصصين فى هذا المجال .

والبحث المذكور مجاز من أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم ، وفضيلة مفتى الديار الأسبق الشيخ / محمود خاطر، ١٩٨٦ تاريخ حصولنا على دبلوم الدراسات العليا فى الشريعة الإسلامية .

[2] انظر فى مناقشة تعريف الإجماع ومستنده وإمكان تحققه وحجيته وحكم منكره ، الشيخ / محمد الخضرى : **أصول الفقه** ، المكتبة التجارية الكبرى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٢ ، ص ٣٦ ، ٣٨.

[3] الأستاذ / مصطفى أحمد الزرقا : **الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد** ، **المدخل الفقهى العام** ، الجزء الأول ، مطبعة دمشق ، ١٩٥٩ ، ص ٣٦ ، ٣٨ .

مرحلة تشريعية بعد عهد الرسول، وفى تقدير المجمعين لما انعقد عليه إجماعهم من الأحكام يتحقق من أن الإجماع اخصب مصدر تشريعى يكفل تجدد التشريع، وتستطيع به الأمة أن تواجه كل ما يقع فيها من حوادث وما يحدث لها من وقائع وأن تساير به الأزمان، ومختلف المصالح فى مختلف البيئات. ومنشأ فكرة الإجماع أن الإسلام أساسه فى تدبير شئون المسلمين الشورى وأن لا يستبد أولو الأمر منهم بتدبير شئونهم، قال تعالى مخاطباً رسوله **"فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ"**[1]، وروى عن سعيد بن المسيب عن على: قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه القرآن ولم تمض فيه منك سنة، قال اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ، ولا تقضوا فيه برأى واحد.

فلما توفى رسول الله واجهت الصحابة وقائع عديدة لم ينزل فيها قرأن ولم تمض فيها من رسول الله سنة سلكوا السبيل الذى أرشدهم إليه القرآن، وسلكه الرسول فيما ينزل فيه قرآن، وهو الشورى. أخرج البغوى عن ميمون بن مهران قال "كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم ونظر فى كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى، وإن لم يكن فى الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتانى كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى ذلك بقضاء فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر فيه عن رسول الله قضاء، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رءوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فإن اجمع رأيهم على شئ قضى به، وكان عمر يفعل ذلك".

وفى المبسوط للسرخسى "كان عمر يستشير الصحابة مع فقهه حتى كان إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا لى علياً وادعوا لى زيداً. فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه".

وينتهى أستاذنا الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله من ذلك إلى أن "إجماع الصحابة ما كان إلا اتفاق من أمكن اجتماعهم من رءوسهم وخيارهم على حكم واقعة لم يرد نص بحكمها، وأن الذى دعاهم إلى إتباع هذا السبيل هو العمل بالشورى التى أوجبها الله وسار عليها الرسول، وتنظيم اجتهاد الأفراد فيما لا نص فيه. لكن علماء المسلمين رسموا الإجماع بصورة لا سبيل إلى أن تتحقق فى الوجود. رسموه بأنه اتفاق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية بعد عهد الرسول على حكم شرعى ، وقرروا أن الإجماع لا يتحقق إلا إذا عرف جميع المجتهدين من المسلمين فى العالم الإسلامى ، وأبدى كل واحد منهم رأيه صراحة فى الواقعة المعروضة. وكأنهم أرادوا إجماعاً عالمياً قطعياً فى الحكم الذى ينعقد، لا ما أراده

---

[1] سورة آل عمران: من الآية١٥٩

الرسول حين قال لعلى اجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد ، فهو إنما أراد أن يكون الرأى للجماعة لا للفرد وما فهم منه على بن أبى طالب انه مكلف أن يجمع جميع العالمين من المؤمنين فى المدينة وفى البادية وفى اليمن وفى غيرها، إنما فهم أن يستشير غيره من أهل العلم ليكون الرأى رأى الجماعة لا الفرد. فالإجماع الذى رسموا صورته إجماع فرضى وهو غير الإجماع الذى انعقد فى عهد الصحابة، ولذا قال فريق من العلماء انه غير ممكن عقلاً أى لا يتصور فى العقل وجوده، ولعل هذه الصورة غير الحقيقة للإجماع هى التى رآها من توهم جمود مصادر التشريع الإسلامى"[1].

وعلى الرغم مما يدل عليه هذا الرأى من بصيرة نافذة ورؤية شاملة ، وإدراك لحقيقة مقاصد الشرع، وتحرر من الجمود الذى أصاب كثيراً من العقول، إلا أنه لم يلق حتى الآن ما يستحقه من عناية ودراسة وتحليل. ناهيك عن التفكير فى تبنيه وتطبيقه أو الاستفادة منه فى استنباط الأحكام الشرعية التى تلائم ظروف أمتنا العربية الإسلامية وتحقق مصالح المسلمين بما يتفق مع مقاصد الشرع .

- **رأينا المقترح بشأن ممارسة الاجتهاد الشرعى من قبل محكمة النقض :**

والذى نود إضافته أنه من الممكن بحث فكرة الاجتهاد الجماعى بصورة أوسع تجعل من الممكن أن تمارس محكمة النقض فى مصر ومثيلاتها فى الأقطار الإسلامية هذا الاجتهاد الجماعى بطريقة تجعله ملزماً شرعاً فى المجال المطبق فيه أحكام الشريعة الغراء الآن، وعند تطبيقها الكامل عما قريب، بإذن الله تعالى.

وتفصيل ذلك أنه وإن كان قضاء المحكمة العليا ملزما فى حالته الراهنة بحكم القانون، إلا أن هذا الإلزام يهتز من الوجهة الشرعية أحياناً لغياب بعض التخصصات الفقهية الضرورية من التكوين العلمى لقضاة المحكمة العليا. وهو ما نقترح إكماله بتعديل تشريعى يسمح للمحكمة العليا بالاستعانة

---

[1] فضيلة الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه** ، معهد الدراسات العربية العالية ، مطابع الكتاب العربى ، ١٩٥٥ ، ص ١٤٠- ١٤٣ .

بمن تراه ضرورياً من العلماء لتكمل لذاتها بذاتها شرائط الاجتهاد المطلق لقضائها فى عصر التطبيق الكامل للشريعة الغراء.

وذلك المقترح تبدو أهميته الملحة للمجتمع بأسره حتى لا تكون هناك ثغرة ينفذ منها الخارجون والمتشددون يتذرعون بها فى إبطال أو التشكيك فى شرعية اجتهادات المحكمة العليا. والفكرة المقترحة تختلف عما يمكن تسميته بأسلوب أخذ الرأى، ومثالها فى القانون المصرى، حالة وجوب أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالإعدام. ويكمن الفارق بين الفكرتين فى جانبين، ففى أسلوب أخذ الرأى الشرعى من جهة مستقلة عن جهة الحكم يلزم القول بجعل رأيها استشارياً، بمعنى أن يكون غير ملزم للمحكمة، وإلا لو كان ملزماً لأصبحت الجهة المصدرة له فوق المحكمة بل إليها يعزى الحكم، وإن نطقت به المحكمة، وهذا ممتنع من وجوه عديدة شرعية وقانونية ليس هنا محل بسطها.

والجانب الثانى المفرق بين فكرة استكمال المحكمة العليا لشرائط الاجتهاد الشرعى الجماعى فى بنيتها الذاتية العضوية، وبين أسلوب أخذ الرأى يتمثل فى مبلغ الأثر والتأثير القانونى لحكم المحكمة من الوجهة الأصولية. وبعبارة أخرى ومدى إلزامه للجهات القضائية والتشريعية والإدارية، إذا ما أخذنا فى الاعتبار القاعدة الأصولية المتفق عليها فى كافة المذاهب، لقيام الدليل عليها من الكتاب والسنة، ألا وهى قولهم "اختيار ولى الأمر فى المسائل الخلافية يلزم الجميع مجتهدين وعامة"، ومن الواضح أن الجزء من ولاية الأمر بصدد ما نحن فيه القائم به محكمة النقض[1].

وقد ذهبت دار الإفتاء إلى ما يتفق مع وجهة النظر السابقة فيما يتعلق بتعدد القائمين بولاية الأمر فى الدولة، فقررت أن "أمر الناس موكول إلى أولياء الأمور

---

[1] فكرة تعدد القائمين فى الدولة المعاصرة بوظائف ولى الأمر وانسحاب الأحكام الشرعية المتعلقة بولى الأمر على كل القائمين بشيئ من وظائفه ومسئولياته تحتاج إلى بحث متخصص ، وقد تناولتها بالمناقشة مع أستاذى الجليل الشيخ محمد زكى الدين إبراهيم أستاذ الحديث الشريف بالأزهر عضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ووافقنى على المضمون العلمى الذى ذكرته .

وتوافق هذا الرأى مع ما سمعته بعد ذلك بسنوات من الأستاذ الفاضل الدكتور عوض محمد فى محادثة خاصة تعليقا على بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا. وقد يكون قريباً من هذا المفهوم ما يقول به أستاذنا الدكتور أحمد فتحى سرور فى مؤلفه " **النقض فى المواد الجنائية**" والذى أوردناه بالمتن .

فيهم كل فى موقعه، ولأولى الأمر على الناس الطاعة فيما لا معصية فيه، وهذا يتناول المسائل المباحة التى لم يرد فيها نص صريح"[1]..

وهذه الأفكار الأصولية الشرعية التى نطرحها لتتوسد المكان اللائق بها فى أبحاث الخاصة من علماء الأمة ، الذين نتوجه بهذه الدراسة إليهم، ليست بعيدة عما يردده بعض فقهاء القانون الجنائى المعاصر، حين يقررون أنه إذا كانت الدولة هى تشخيص القانون، فإنها لا تتصرف أو تريد أو تأمر، إلا عن طريق أعضائها، والقاضى هو عضوها القضائى، أى الممثل لأدائها فى الوظيفة القضائية، ولذا ، فإنه هو الذى يفرض لها وباسمها الرأى القضائى على الخصوم[2].

والذى اقترحناه بشأن محكمتنا العليا وإعدادها للاجتهاد الشرعى فى عصر التطبيق الكامل للشريعة الغراء، أو حتى فى المرحلة الحالية عند التعرض لمسألة شرعية فى المجال القانونى المطبقة فيه أحكام الشريعة الغراء بالفعل، يصدق من باب الأولى على ضرورة إعداد المجلس التشريعى للاجتهاد الشرعى عند سنه للقوانين. وقد تكون البداية المتواضعة للأخذ بالفكرة المطروحة من خلال الأعضاء الذين ينص القانون على تعيينهم بالمجلس التشريعى بمعرفة رئيس الجمهورية. والعلة المساقة فى هذا الصدد أن مجلس الشعب المنتخب فى مصر قد تنقصه بعض التخصصات الضرورية لأداء المجلس لمهامه، أو تسفر العملية الانتخابية عن غياب التمثيل المناسب لفئة أو شريحة من المجتمع.

ونحن نرى أن أولى الفئات بالتمثيل المكثف وأنفعها للمجتمع فئة العلماء، أو كما يطلق عليهم فى التاريخ السياسى الإسلامى أهل الحل والعقد[3]. وقد قامت الدولة بالفعل بالتنبه إلى شيئ من ذلك، وهو ما نلحظه فى تشكيل المجلس التشريعى الحالى ، وإن كان بصورة غير كاملة.

- **الخلاصة والنتائج المترتبة على ما سبق :**

إن مشكلة نقص التشريع هى مشكلة عامة لا يعانى منها فرع دون آخر من فروع القانون، إلا أنها ذات طابع خاص فى القانون الجنائى. ومرد تلك الخصوصية، كما رأينا، إلى المبدأ العام الذى يقيد المشرع الجنائى والقاضى

---

[1] الفقرة الثالثة من الفتوى رقم ١٢٨١ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ١٤ / ٠١ / ١٩٨١ مجلد رقم ١٠

[2] أستاذنا د / أحمد فتحى سرور : **النقض فى المواد الجنائية : المرجع السابق** ، ص٢١٨.

[3] راجع " الأحكام السلطانية " للماوردى الجزء الخاص بأهل الحل والعقد . وانظر كذلك نبذاً متعددة عن مدلول هذا المصطلح فى " السياسة الشرعية " لابن تيمية .

الجنائى، كل فى دائرة معينة، ألا وهو مبدأ الشرعية الجنائية، والذى عرضنا له بالتفصيل فى أكثر من موضع فى هذه الدراسة تبياناً لزوايا متعددة وآثار متنوعة له، تتعلق جميعها بالتفسير القضائى للنص الجنائى.

ولا عجب فى ذلك فمبدأ الشرعية الجنائية يعد الحاضر إن لم يكن مباشرة. فبصورة غير مباشرة فى جميع المساجلات الدائرة فى الفقه الجنائى ليس الوضعى فقط، بل وفى الشريعة الغراء كذلك مشكلة النقص فى القانون ومدى مساسها بمبدأ الشرعية الجنائية.

على أن ذلك النشاط بالنسبة للمحكمة العليا فى تكملة ما قد يوجد من نقص فى التشريع من خلال إصدارها للمبادئ أو تبنيها لتفسيرات سواء أكانت تجريمية أم إجرائية. ذلك أن حظر تكملة النقص سواء بالتفسير الواسع أو باستعمال القياس يرتكن أساساً على خشية المساس بأية حرية أو حق للفرد، أو التطاول بأية وسيلة على حياته الخاصة وحقوقه الشخصية دون نص من التشريع.

أما إذا كان الهدف من تلك الوسائل هو الرغبة فى تكملة ما بالنص التشريعى من نقص بهدف التوصل إلى تطبيق أمثل يحقق الهدف منه، فلماذا نقصر ممارسة هذه الوسائل على حالات استبعاد العقوبة، أو تخفيفها أو تبرئة المتهم كلية، أو تنظيم أية مسألة إجرائية ، كما يجمع الفقه على جواز القياس فى هذا النطاق. إن ذلك التحديد غير المبرر، كما سلف البيان، يعد افتئاتاً على سلطة القاضى الجنائى فى تكملة ذلك النقص، والتى يجب ألا تحده فى ممارستها إلا قواعد ومبادئ علم التفسير، والمحرك الوحيد له عند استخدامها هو بلوغ العدل من خلال النص المعروض عليه .

مبحث ختامى

رأينا فى الموضوع

الأسانيد القانونية التى نحتج بها للقضاء الجنائى عند قيامه بتكملة النقص التشريعى

- **تمهيد :**

فى هذا المبحث نحاول حشد الأسانيد القانونية التى نحتج بها للقضاء الجنائى عند تكملة النقص التشريعى. ونحاول توضيح العلاقة بين مختلف مصادر الشرعية والمشروعية، ونعرض كذلك لخصائص المشروعية، والمتمثلة فى اعتبار مبدأ المشروعية ركيزة أساسية فى النظام القانونى بأسره، وفى نظام الإثبات بصفة خاصة انتهاؤنا إلى النظر لمبدأ المشروعية كمبدأ ذو طبيعة متكاملة.

إن عملية التفسير بالنسبة للقاضى الجنائى هى من أهم وظائفه وأصعبها فى بعض الأحيان، لأنه فى عمله هذا يكون مقيداً بقيود معينه تفرضها عليه قاعدة الشرعية الجنائية.

ومن جهة مقابلة، فهو ملزم قانونا بالفصل فيما يعرض عليه من وقائع، وليس له التذرع بنقص التشريع أو غموضه، أو تعارض النصوص فيما بينها، وهى الحالات الثلاث للقصور التشريعى.

إن هناك أسساً قانونية عديدة يمكننا سوقها لاستخلاص النتيجة الصحيحة فى المسألة المطروحة تلك الأسس القانونية هى :

١-مبدأ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب :

ومقتضى هذه القاعدة الفقهية الأصولية والتى لا خلاف عليها بين فقهاء الأصول أو القانون، أن النصوص التى ستحيل تطبيقها إلا بتكملة فقهية معينة يجب على القاضى ممارسة الاجتهاد وإيجاد هذه التكملة الضرورية لتطبيق النص القانونى. وإحجام القاضى عن تكملة النقص فى هذه الحالات يعد تعطيلاً للنص القانونى، إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. والأمثلة على حالات "التكملة الضرورية" للنصوص كثيرة فى المجال الجنائى. ويدخل فى هذا المعنى التعريفات العديدة التى تضعها محكمة النقض للفاعل الأصلى والشريك وكذلك النظريات التى تعتنقها المحكمة العليا لتحديد حالة الشروع والجريمة المستحيلة والخطأ غير العمدى.

فنحن نرى أنه فى كل تلك الحالات لو لم تكمل محكمتنا العليا النقص التشريعى بالمبادئ التى وضعتها لاستعصى تطبيق النصوص ذات الصلة.

٢- مبدأ عدم جواز نكول القاضى عن الحكم:

وهذا أمر نتفق عليه شرعاً وقانوناً ويكمله الأساس التالى .

٣- فكرة عدم صحة الارتكان دوما إلى القضاء بالبراءة عند غياب النص أو غموضه :

والجدير بالذكر فى هذه المثابة، أن القضاء بالبراءة عند مواجهة القاضى لحالة من حالات القصور التشريعى ليست حلاً صحيحاً دائماً[١] .

وتفصيل ذلك أن العدالة كمبدأ عام وضابط مهيمن على عمل القاضى تتأبى وتتأذى من القضاء بالبراءة فى حالات يكون فيها التعدى على المصلحة المحمية بالغ الوضوح. وآية ذلك نلمسها فى حجم الضرر المشاهد على المجنى عليه مثلاً، أو فى الحالات التى تتخذ فيها سلطات الضبط والتحقيق إجراءاتها، والتى قد تحوى أحيانا إقرار المتهم نفسه بالجرم الذى ارتكبه. فأنى لكل هؤلاء أن يفقهوا من القاضى بعد كل ذلك قضاءا منه بالبراءة بدعوى غموض النص، أو نقص عبارة التشريع عن الإحاطة بالواقعة؟

هل القضاء بالبراءة أحياناً يعد صورة حقيقية من نكول ضمنى عن العدالة؟

هل القضاء بالبراءة أحياناً يعد مخالفة حقيقية وتضييعاً للمصلحة المحمية من وراء النص؟

٤- تحقيق الغاية الأسمى من القضاء ألا وهى العدل أمر لازم دائماً :

وأخذاً بمضمون هذا النظر فقد حرصت التشريعات المختلفة على توضيح المصادر التى يرجع إليها القاضى لتكميل هذا النقص فى التشريع.

وذلك لكى يستمد منها الحكم الذى يؤدى به إلى الفصل فى النزاع القائم أمامه. ومن ذلك نص المادة السابعة من القانون المدنى النمساوى الصادر فى (١٨١١) التى تنص على أنه إذا لم يتيسر حل المسألة المتنازع عليها لا وفقاً للنص، ولا وفقا للمعنى الطبيعى للتشريع، وجب الرجوع إلى الحالات المشابهة فى التشريع، وإلى أسباب التشريعات الأخرى . فإذا ظلت الحالة المتنازع عليها، مع ذلك. دون

---

[١] د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٨٤ وما بعدها .

حل وجب الفصل فيها وفقا للقواعد الأساسية للقانون الطبيعى. ومن ذلك أيضا نص المادة ١٢: ٢من القانون المدنى الإيطالى الصادر عام ١٩٤٢، حيث تذهب إلى أنه إذا لم يوجد نص فى التشريع يرجع القاضى إلى النصوص التى تنظم الحالات المشابهة، فإذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة، فإنه يحكم وفقا للمبادئ العامة فى النظام القانونى للدولة.

ويستند بعض الفقهاء إلى النص الوارد فى المادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٤ للقول، بحق، أنه يتضمن إحالة للقاضى للفصل فى الدعوى، فيما إذا لم يكن هناك نص يسعفه. حيث أن النص المذكور يعاقب القاضى لارتكابه جريمة إنكار العدالة، إذا رفض الحكم بحجة سكوت النص أو غموضه أو عدم كفايته[١].

وواضح على هذا النص إطلاقه بمفهوم المخالفة، سلطة القاضى أمام النص القانونى فى جميع الأحوال بما يتضمن حالات وضوح النص أو غموضه، وكمال التشريع أو نقصه.

ومن ذلك أيضاً ما نص عليه القانون المدنى المصرى السارى فى المادة ١ فقرة ٢ منه، إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهناك نص اعتبره الفقهاء نصاً جريئاً يجعل من القاضى مشرعاً فى حالة نقص التشريع، وهو نص المادة الأولى من التقنين المدنى السويسرى الصادر سنة ١٩٠٧، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على أنه "فى حالة عدم وجود نص قانونى يمكن تطبيقه يحكم القاضى طبقاً للعرف، وفى حالة عدم وجود عرف فيحكم وفقاً للقواعد التى كان يضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل المشرع "[٢].

إن حقيقة دور القاضى فى حالة نقص التشريع طبقاً للنصوص التشريعية سالفة الذكر توضح بجلاء أن وظيفته هى وظيفة خلاقة للقانون، بما يستوى معه الإحالة إلى ما كان المشرع سوف يضعه من قواعد إذا عرضت له الحالة المعروضة أمام القضاء، أو بين الإحالة للقانون الطبيعى وقواعد العدالة، بل إننا سوف نحاول أن نوضح أنه حتى فى الإحالة لقواعد العرف والشريعة الإسلامية هناك دور خلاق للقاضى يتشابه مع دور المشرع فى هذه الحالة.

---

[١] د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٦٥٤ .

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٦٥٥ .

واستكمالاً للعرض العلمى الموضوعى لما نحاول أن نوضحه وبلوغاً لما نرجو استخلاصه من نتائج فى الموضوع المطروح، فإنه يجدر بنا التعرض لمبدأ المشروعية من زاوية أخرى ومنظور أعم مما تناولناه من قبل عند الحديث فى الباب التمهيدى عن مبدأ الشرعية الجنائية.

- **العلاقة بين مختلف مصادر الشرعية والمشروعية :**

يتعاظم دور محكمة النقض بالنسبة لنظرية المشروعية، حيث تتصدى المحكمة دائماً لتحديد ما يعد مشروعاً من الإجراءات ما لا يعد كذلك. ومن ثم ما يمكن قبوله من الأدلة وما لا يمكن. ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الشرعية وإن كانت تمثل مصدراً من مصادر المشروعية إلا أنه لا تطابق بينهما، وذلك لوجود مصادر أخرى يتكون من مجموعها مضمون المشروعية منها ما استقر عليه أحكام النقض ومنها ما يلجأ إليه القاضى أثناء مباشرته وظيفته من الاعتماد على ما يحويه النظام القانونى للمجتمع من قيم ومبادئ يستعين بها فى بحثه عن الحل القانونى للنزاع المعروض عليه.

- **خصائص المشروعية[١] :**

تتميز المشروعية بعدة خصائص تنبع من طبيعتها الخاصة، ومن دورها خلال مراحل العملية الإثباتية، وإجراءاتها باعتبارها السياج الواقى، ليس للفرد فحسب بل أيضاً وبنفس القدر للسلطة خلال كافة مراحل الخصومة الجنائية.

أولاً : المشروعية ركيزة أساسية فى النظام القانونى بأسره وفى نظام الإثبات بصفة خاصة :

للمشروعية دور يستحيل ضمان تحقيق العدالة فى الخصومة الجنائية دون الالتزام به، إذ تفرض على أطراف الخصومة الجنائية والقاضى عند اختيارهم

---

[١] - د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣١٩.

- د / محمود نجيب حسنى : **شرح قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص ٧٢ .

- د/ جلال ثروت : **النظرية العامة لقانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٨.

للدليل أن يتسم الدليل وإجراءات الحصول عليه بالمشروعية. كما أنها تمثل مبدأ على حرية القاضى فى الاقتناع، إذ لا يجوز له أن يعول فى حكمه إلا على الأدلة المشروعة فقط.

على أن تلك المكانة التى تحتلها المشروعية لم تعد قاصرة على فرع قانونى دون الأخر، ولكنها فى الواقع أصبحت تعتبر ركيزة أساسية تسيطر على النظام القانونى فى جملته. بيد أن ظهورها فى مجال القانون العام والجنائى بصفة خاصة مرجعه إلى طبيعته الخاصة، واهتمامه بحماية الحريات العامة مستعيناً بها للوصول إلى تحقيق ذلك التوازن المنشود بين الفرد والسلطة.

ثانياً : المشروعية مبدأ ذو طبيعة متكاملة :

تتميز المشروعية بأنها مبدأ ذو طبيعة متكاملة ، تتضمن فى مجموعة أبعاد قانونية وأخرى أخلاقية. ولعل ذلك يرجع إلى عمومية مصادرها واستلهام مضمونها من النظام القانونى فى مجموعة دون اقتصار على مصدر قانونى معين أو مبدأ أخلاقى محدد، لذلك فإن المشروعية تعنى التوافق مع الخلق القومى فى مجموعة[١].

وخلاصة ما سبق أن هذه الأسانيد من جهة علم الأصول تتمثل فى القاعدة المسلم بها من أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. ومن الوجهة القانونية فإن مجموعة من الحجج المنطقية يمكن أن نسوقها إجمالا لما سبق وأن عرضناه تخلص فى إن القانون لم يأمر القضاة بتطبيق القانون فحسب، ولم يأمرهم بإقامة العدل بين الناس فحسب، ولم يأمرهم بأن يفصلوا فى الأنزعة والأقضية المعروضة عليهم، وألا ينكلو عن نظرها والفصل فيها فحسب، ولم يأمرهم أن يستقلوا لسلطانهم فى الحكم بين الناس عن بقية سلطات الدولة فحسب. بل إن الدستور والقانون قد أمرا القضاة بكل تلك الأمور مجتمعة غير متفرقة ومتكاملة غير متعارضة ومتناسقة غير متنافرة، وهذا هو جوهر الإجابة التى يتشكل منها هذا البحث.

ويمكن التقريب بين أصحاب نظريتى كمال التشريع ونقصه، بالقول بأنه لا يوجد نقص فى التشريع، ولكن نقص فى القانون. فيوجد نقص فى التشريع لأن المشرع لا يستطيع أن يضع القواعد التى تحكم كل المنازعات التى تقع فى الحياة، ولكن لا يوجد نقص فى القانون لأنه فى كل نزاع يعرض أمامه سيجد له حلاً يبلغه الغاية الأسمى من القانون. فسواء وجد هذا الحكم فى التشريع أو فى غيره

---

[١] د / عمر الدسوقى أبو الحسين فضل : **المرجع السابق** ، ص ٥٥.

من المصادر، أو حتى فى الأحوال النادرة إذا استقاه مباشرة من جوهر القانون فإنه يستطيع بلوغ غايته المؤملة دائماً وهى العدل.

والذى نراه أنه لا يجوز القول بوجود نقص فى تشريع ما إلا بعد بلوغ المدى النهائى من التفسير الممكن للنص. ولذلك يذهب بعض الفقه بحق تعبيراً عن المعنى السابق ذكره بأنه مع افتراض وجود نقص فى التشريع، فلا يوجد نقص بالنسبة للشخص الذى يطبق القانون، وهو القاضى.

الفصل الثانى

طرق سد النقص التشريعى

الرأى عندنا أن القياس نوعان قياس يدخل ضمن أساليب التفسير وقياس يعد مصدراً من مصادر القواعد القانونية. والتمييز بين النوعين هو جل اهتمامنا فيما تبقى من هذا الباب. وعندنا كذلك أن المبادئ العامة للقانون فى مجال القانون الجنائى لها وظيفتان:

الوظيفة الأولى التى تؤديها هذه المبادئ العامة هى تحديد الأطر التى يتم فيها النظر للنص القانونى عند تفسيره، فالمبادئ العامة للقانون بهذه المثابة تعد من وسائل التفسير المنتمية للمنهج المنطقى كما سلف البيان فى الباب الثانى من هذه الدراسة. عن المفسر قاضياً كان أو فقيهاً يعتبر المبادئ العامة للقانون محددات توجهه فى اختيار معنى النص القانونى الذى لا يخرج عن مقتضى تلك المبادئ العامة .

وبعبارة أخرى فإن كثرة المعانى والمدلولات التى يمكن حمل معنى النص عليها تؤدى إلى "مبدأ" مرجح لحد هذه المعانى على ما سواه، هذا المبدأ المرجح " هو واحداً أو اكثر من المبادئ العامة للقانون.

والوظيفة الثانية التى تؤديها أو من الممكن أن تؤديها، المبادئ العامة هى سد النقص التشريعى وتكميله باستخدام تلك المبادئ العامة.

وبناءً على ما تقدم فإن القياس والمبادئ العامة للقانون يمكن دوماً اعتبارهما، بشكل أو بآخر، أهم وسيلتان لسد النقص التشريعى فى يد القاضى أو الفقيه حين تعوزه نظرية التفسير بكل ما تحتويه من أدوات وأساليب فى استخراج حكم معين لواقعة مستحدثة معروضة عليه.

المبحث الأول

القياس فى القانون الوضعى

يتناول هذا المبحث القياس فى القانون الوضعى، من خلال ستة مطالب، المطلب الأول: ماهية القيـاس وأركانه، والمطلب الثانى: مدلول القياس (اللغوى، والاصطلاحى)، المطلب الثالث: أركان القياس، والمطلب الرابع: شروط صحة أركان القياس، وهما شرطان، الأول: شروط حكم الأصل، الثانى: شروط الفرع، أما المطلب الخامس فيتناول أنواع القياس فى القانون مع بيان كل من، صور القياس، وموقعه بين مصادر القانون ووسائل التفسير، فى رأى الفقه الألمانى، وموقعه فى نظر كل من الفقه السويسرى والفقه الفرنسى من حيث القياس فى الاتجاه التقليدى، القياس فى نظر مدرسة جنى، أما المطلب الختامى فيتناول أساس القياس.

المطلب الأول

ماهية القيـاس وأركانـه

إن المقصود بالقياس هنا هو ما يسمى فى علم المنطق بالتمثيل، ويعبر عنه أيضاً بقياس النظير[١]. وتوضيح ذلك: أن الحجة أى الدليل عنه المناطقة على ثلاثة أقسام هى القياس والاستقراء والتمثيل. ووجه الحصر فى هذه الأقسام هو أنه لابد من وجود تناسب بين الدليل وبين المطلوب سمى قياساً. وهذا معنى قولهم " القياس المنطقى هو الاستدلال بالكلى على الجزئى".

ويمكن أن يمثل لذلك بالقضايا المعينة التى تدخل ضمن القواعد الكلية فى القانون. وأن تحقق ذلك التناسب باشتمال المطلوب على الدليل سمى استقراءً. وهو معنى قول المناطقة "الاستقراء هو الاستدلال بجزئى على كلى". ومثال ذلك ما يفعله رجال القانون من الاستدلال بأفكار جزئية على مبادئ عامة. وإن لم يشتمل أحدهما على الآخر أى لم تشتمل الحجة على المطلوب، ولم يشتمل المطلوب على الحجة ، ولكنهما اشتركا فى أمر يعمهما سمى تمثيلاً. وهو عند المناطقة استدلال بجزئى على جزئى. وهو الذى يسميه الفقهاء قياساً.

أما القياس المنطقى **Syllogism – Reduction**، فهو قول مؤلف من قضايا يلزم عنها لذاتها قول آخر. وهو مؤلف من مقدمتين، إحداهما صغرى والأخرى كبرى، متى حصلتا فى الذهن انتقل الذهن إلى النتيجة، فإذا صدق مثلاً أن العالم متغير وكل متغير حادث ، انتقل الذهن المطلوب فوراً وهو العالم حادث[٢].

إن القياس المقصود فى بحثنا هذا يعرف بأنه إلحاق أمر لم ينص على حكمه فى التشريع بأمر نص عليه فيه لاشتراك الأمرين فى سبب الحكم.

فالتماثل بين الأحوال يعتبر الركن الأساسى لقياس المشابهة أو النظير. ومن ثم يجب التأكد من طبيعة هذا التماثل المطلوب. وفى ذلك يقول "جنى" نقلاً عن "سون" أن شرعية القياس تتحقق عندما تشتمل الفروض غير المتوقعة على

---

[١] د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٦٤٥ . وأنظر المراجع المشار إليها فيه حول القياس فى علم المنطق بصفة عامة .

[٢] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , T.I.P, ٣٦٦ **.**

– د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص٦٤٦ .

عناصر مشابهة تلك التى جسدت الحكم المشرع من حيث كونها تمثل الأسس الحقيقية لذلك الحكم، ذلك لأن تطبيق القياس يبرره تشابه الجوهر"[١].

فالتشابه المطلوب هو الذى يحصل بين جوهر العناصر التى تجسد الحكم التشريعى وبين عناصر الواقعة الجديدة. وعند تحقق ذلك يستخلص المبدأ الذى يشكل، كما يقول "جنى"، الرابطة بين القرار والأمر الذى يقرر له. ولذلك يجب البحث عن الحد الأوسط الضرورى للقياس، فى مراعاة السياسة التشريعية التى تضم فى معظم الأحوال الباعث الأخلاقى والاجتماعى والاقتصادى الهادف إلى تحقيق الحكمة التى صدرت عنها القاعدة التشريعية، وكانت بمثابة نموذج لها"[٢].

إن هذه الملاحظة التى أوردها جنى بصدد البحث عن التماثل المطلوب تعنى أن عملية إدراج الحالة الواقعية ضمن الحالة النموذجية يجب ألا تكون مجرد استنتاج منطقى محض، بل يتعين أن تراعى الغاية من التشريع. وبذلك يتحول القياس، فى رأى بعض الفقهاء بحق، إلى فن منطقى يواجه مشاكل الحياة القانونية المتجددة فى ضوء التقويم العلمى للمصالح التى ينظمها القانون، وعلى هدى المنهج الاجتماعى المهيمن على تنظيم العلاقات القانونية فى المجتمع.

ويضرب بعض الفقه مثالاً على تصريح بعض التشريعات العربية بهذا المفهوم الوظيفى للقياس بما أشارت المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدنى لجمهورية اليمن الديمقراطية بقولها: "لم يعالج المشرع مسئولية صاحب الملهى تجاه الرواد فيما إذا شرب أحدهم ودارت الخمر برأسه، فاعتدى على زبون آخر كان يستمتع فى هدوء بلحظة استرخاء. أن وضع المصالح بالنسبة إلى الملهى، وهى الحالة الواقعية غير المنصوص عليها شبيه بوضع المصالح بالنسبة إلى الفندق، وهى حالة نموذجية واردة فى التشريع. وفى الحالين يتواجد نفر من الناس لا يعرف بعضهم بعضاً فى مكان يديره شخص آخر للحصول على بعض الخدمات لقاء مقابل. ويعرف صاحب المكان مدى إمكانيات السلام والشجار فى قاعاته، ويستطيع أن يتوقع سلفاً أى إزعاج ويستعين بجهة الأمن لحفظ النظام.

وقد نص القانون (فى جمهورية اليمن الديمقراطية) فى المادة ١٤٢٣ على أن الفندق يلتزم بكفالة الأمن الفندقى، ويعفى من المسئولية إذا ثبت أن ما لحق النزيل من ضرر، إنما يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ النزيل أو فعل الأشخاص

---

[١] د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ٦٤٧. حيث أورد سيادته آراء الفقهاء المذكورة بالمتن.

[٢] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , T.I.P, ٣٦٧.

الذين يترددون عليه أو يرافقونه. ويسرى هذا الحكم على الملهى أخذاً بالقياس، لأن إجراء القياس فى هذه الحال يحقق الحكمة من التشريع"[1].

[1] د / محمد شريف : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٢.

المطلب الثانى
مدلول القياس

للقياس مدلولان أحدهما لغوى والآخر اصطلاحى ..

- **المدلول اللغوى للقياس :**

فالقياس، كما أسلفنا، يطلق لغة على التقدير: أى قصد معرفة قدر أحد الأمرين بالآخر. فيقال قاس الثوب بالمتر، إذا قدره به، وقياس الأرض بالقصبة إذا قدرها بها، فكل من المتر والقصبة مقياس لأنه أداة القياس[1].

كما يطلق أيضاً على المساواة سواء كانت حسية أو معنوية، ومثال المساواة الحسيــة، قولك: قست الكتاب بالغلاف إذا حاذيته وسويته به، أما المساواة المعنوية، فمثالها قول أحد الأشخاص أن : فلاناً لا يقاس بفلان، أى لا

[1] – القاضى / ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوى : **نهاية السول فى شرح منهاج الأصول** ، عالم الكتب، الجزء الرابع ، ص٢.

- الشيخ الإمام / علاء الدين شمس النظر أبى بكر محمد السمرقندى : **ميزان الأصول فى نتائج العقول** ، حققه وعلق عليه د / محمد ذكى عبد البر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٤م ، ص ٥٥٢ . وهو يقول أن القياس فى اللغة يستعمل فى شيئين : أحدهما: التقدير والثانى : التشبيه .
- الشيخ / سعد الدين التفتازانى : **شرح التلويح على التوضيح** ، دار العهد الجديد للطباعة ، الجزء الثانى، ص ٥٢.
- الشيخ / عباس متولى حمادة : **أصول الفقه** ، ص ١٤٤.
- أستاذنا د/ زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦ .
- أستاذنا د/ يوسف قاسم ، أصول الأحكام الشرعية الإسلامى ، **المرجع السابق** ، ص ١٣٨ .
- د/ محمد مصطفى شلبى ، **أصول الفقه الإسلامى** ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٤، ص ١٨٩ .
- الشيخ / على حسب الله : **أصول التشريع الإسلامى** ، ص ١٣٢ .
- د/ محمد زكريا البرديسى : **أصول الفقه** ، ١٩٨٣ ، ص ٢٣١ .
- د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٣٩ .
- د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٣١٨ .
- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٧٩.

يساويه فى خلق ولا علم ولا دين[1]. وقد يطلق القياس على التقدير والمساواة معاً، إذا قصد به الدلالة على مجموع ثبوت المساواة عقب التقدير[2].

- **المدلول الاصطلاحى للقياس :**

توجد تعريفات عديدة للقياس فى الاصطلاح منها قول البيضاوى أنه: "إثبات مثل محكوم معلوم آخر لاشتراكهما فى علة الحكم عند المثبت "، وقال أن المختار عند الآمدى وابن الحاجب أنه : مساواة إذ فرع لأصله فى علة حكمة[3]، وعرفه الغزالى بأنه: "حمل معلوم على معلوم فى إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما[4].

---

[1] - الشيخ / سعد الدين التفتازانى : **المرجع السابق** ، ص ٥٢.

- الشيخ / عباس متولى حمادة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٤.
- أستاذنا د/ زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦ .
- أستاذنا د/ يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص ١٣٨ .
- الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٨٩ .
- د/ محمد زكريا البرديسى : **المرجع السابق** ، ص ٢٣١ .
- د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٣٩ .

[2] - الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٨٩،١٩٠ .

[3] - الإمام / البيضاوى: **نهاية السول فى شرح منهاج الأصول** ، **المرجع السابق** ، ص ٢.

[4] - الإمام / الغزالى : **المستصفى** ، **الجزء الثانى** ، ص ٢٢٨ .

- " وجاء فى **مسلم الثبوت شرح فواتح الرحموت** " ، الجـــزء الثانى ،ص ٢٤٦ ، أن القياس " مســاواة إذ حكم المسـكوت للمنصـوص فى علة الحكم " وورد فى " **ميزان الأصـول فى نتائج العقول** "، ص ٥٥٤ ، أن القياس هو : " أبانه مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته فى الأخر "

- الشـيخ / سـعد الدين التفتازانى : **المرجع الســابق** ، ص ٥٣ . وجاء فيه " القياس " مســاواة الفرع للأصل فى علة حكمه ".

- وقال الإمام الشافعى رضى الله عنه فى الرسالة تحقيق أحمد شاكر " الطبعة الأولى ١٣٥٨هـ –١٩٤٠م ، ص ٤٧٧ : " أن كل ما نزل بمسـلم فقيه حكم لازم أو على سـبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتبعه وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على ســبيل الحق فيه بالاجتهاد والاجتهاد القياســـى وعرفه أستاذنا د / يوسف قاسم بأنه : " إسناد حكم الأصل إلى الفرع للتساوى فى علة الحكم"، ص ١٤٨.
- **انظر فى تعريف القياس فى الاصطلاح المؤلفات التالية :**
- الإمام / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص ١٧٣ .

ولا تختلف التعريفات التى يقول بها الفقه الوضعى بصدد القياس عما قال به علماء الأصول، فقد ذهب رأى إلى أنه: "إلحاق حادثة لم ينص على حكم لها بحادثة نص على حكمها، واشتراكهما فى الحكم الشرعى لاشتراكهما فى علة الحكم"[1].

ويرى البعض أنه إعطاء حالة غير منصوص عليها فى القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لاتفاق الحالتين فى العلة[2]. ويقرر البعض أن التفسير بالقياس يعنى مد تطبيق التشريع من حالات منصوص صراحة إلى أخرى لم ينص عليها لوجود تشابه بينهما[3].

- الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٩١.
- أستاذنا د/ زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ٨٦.
- الشيخ / عباس متولى حمادة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٤،١٤٥.
- د/ بدران أبو العنينين بدران : **المرجع السابق** ، ص ١٣٩.
- الشـــيخ / عمر عبد الله : القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشـــرعية ، **مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية** ، السنة الثالثة ، العدد الرابع ، أكتوبر – ديسمبر ، ١٩٤٨ ، ص ٦٦٥.

[1] – المستشار / محمد وجدى عبد الصمد : **المرجع السابق** ، ص ٨٨٣ .

[2] – د/ أحمد الألفى : **شرح قانون العقوبات الليبى ، القسم العام** ، ١٩٦٩ ، ص ٨٧ .

- [3] P. BOUZAT ; Traite de droit penal et de criminologie T. I , droit penal general ١٩٧٠ P. ١٥١ .

- ويعرف د/ عبد الرءوف مهدى القياس بأنه : قيام القاضـــى الجنائى بقياس واقعة لم يرد نص بتجريمها على واقعة أخرى مجرمة لوجود تشابه بين الواقعتين .
- د / مديحة على عبد الحافظ : الطرق المثبتة للعلة فى الوصـــف الجامع ، **رســالة ماجســتير** ، كلية البنات ، جامعة الأزهر ، ١٩٧٩ ، ص ٥٨ وما بعدها .

المطلب الثالث

أركان القــياس[1]

- **أركان القياس أربعة هى :**

١-**الأصل:** وهو المحل أو الأمر الذى ثبت فيه الحكم، ويسمى المقيس عليه أو المشبه به.

٢- **الفرع:** وهو المحل أو الأمر الذى لم يرد فيه نص، ويراد معرفة حكمه، ويسمى المقيس أو المشبه .

٣- **حكم الأصل:** وهو الحكم الشرعى الثابت للأصل بالكتاب أو السنة أو الإجماع، ويريد المجتهد تعديته بإظهاره فى الفرع ليأخذ حكم الأصل.

٤- العلة: وهى المعنى الذى من أجله شرع الله الحكم في الأصل، ووجده المجتهد أيضا فى الفرع ، فسنفرد لها بحثاً خاصاً، إذ هى من الأسس التى نقيم عليها المعيار المقترح للتفرقة بين القياس والتفسير الواسع، كما وإنها وثيقة الصلة بالمنهج المنطقى للتفسير، ولم نجد من الفقهاء من يؤكد على هذه الصلة بالشكل الذى نراه مطلوباً بالنسبة للقاضى والفقيه فى مجال تفسير النصوص .

المطلب الرابع

---

[1] **انظر فى أركان القياس المراجع التالية :**

- الإمام / أبو حامد الغزالى : المستصفى ، **المرجع السابق** ص٣٢٥ وما بعدها .
- الإمام / السمرقندى : **ميزان الأصول فى نتائج العقول** ، ص ٦٢٦ وما بعدها .
- الإمام / البيضاوى : **نهاية السول فشرح منهاج الأصول** ، الجزء الرابع ، ص ٥٣ وما بعدها .
- الإمام / الشوكانى : **إرشاد الفحول** ، ص ٢٠٤ وما ببعدها .
- الإمام / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص١٨٠.
- الأستاذ الشيخ / عباس متولى حمادة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٦ .
- أستاذنا د/ زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ .
- أستاذنا د/ يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص ١٤٩ .
- د/ محمد زكريا البرديسى : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٢ .
- د/ محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٩،٢١٠ .
- الأستاذ الشيخ / على حسب الله : **المرجع السابق** ، ص ١٢٢ .
- د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص ١٥٣ .

شروط صحة أركان القياس

وإنى إذ اتتبع مسالك الفقهاء لا أنوى الخوض تفصيلياً فى تلك الضوابط والشروط، بل ألمح إليها بالشكل الذى يحقق معرفة إجمالية بالقياس بما يحقق غايتى فى هذه الدراسة وهو ما يستدعى التعرض بتفصيل أكثر لعلته.

أولاً : شروط حكم الأصل[1]:

الشروط التى اشترطت فى حكم الأصل تغنى عن الاشتراط فى الأصل، لأن القياس يكون على الحكم لا على الأصل.

١ـ ألا يكون حكم الأصل مختصا به :

ذلك أن اختصاص الحكم بمحل يمنع تعديته إلى غير هذا المحل والاختصاص يثبت بأحد أمرين هما:

أولاً: كون علة الحكم غير موجودة فى سواه، وهذا القصر يعد مانعاً من القياس، لأن القياس لا يكون إلا عند الاشتراك فى العلة، وفى العلة القاصرة لا يوجد اشتراك.

ثانياً: أن تكون علة الحكم غير قاصرة على محله، ولكن قام الدليل على اختصاص ذلك الحكم بمحله، كالخصوصيات التى تثبت فى الشريعة، فإنها لا تقرر لغير من ثبتت له سواء عقلت معانيها، أم لم تعقل لأن تعدية هذه الأحكام بالقياس يجعل القياس باطلاً لمخالفته النص الشرعى الدال على الخصوصية[2].

---

[1] **أنظر فى شروط حكم الأصل :**

- الإمام / البيضاوى : **نهاية السول فى شرح منهاج الأصل** ، الجزء الرابع ، ص ٣٠٣ .
- الإمام / السمرقندى : **ميزان الأصول فى نتائج العقول** ، ص ٦٢٦ وما بعدها .
- د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٣١٩ .
- د / عبد الرءوف مهدى : **المرجع السابق** ، ص ٩٤ .
- الإمام / أبو حامد الغزالى : **المستصفى** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٢٥، ٣٢٩ ، ويرى أن شروط الأصل ثمانية ، أما الحكم فيرى أن شرطه هو أن يكون حكماً شرعياً ، ص ٣٣١، ٣٣٥ .

[2] – ومن الخصوصيات التى ثبتت للرسول ، صلى الله عليه وسلم ، اختصاصه بأن يجمع فى عصمته أكثر من أربع زوجات واختصاصه بالزواج عن طريق الهبة، ومن قبيل ذلك أيضا تحريم الزواج بإحدى نساء الرسول صلى الله عليه وسلم من بعده.

٢- أن يكون حكم الأصل ثابتاً غير منسوخ:

لأن نسخ الحكم يترتب عليه أن يفقد القياس ركنين هما: الحكم الذى تم نسخه والعلة الباعثة على هذا الحكم، ذلك أن العلة والحكم لا يفترقان، فإذا زال الحكم الذى ترتب على العلة، زال اعتبارها، والشئ يزول بزوال ركنه[١].

٣- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص أو الإجماع:

والسبب فى ذلك أن النصوص هى الأصل الذى يرجع إليه لذا يجب أن تكون هى وحدها أساس القياس الذى يبنى عليه. ومن جهة أخرى، فإن النصوص هى التى تومئ إلى الوصف الذى اعتبر علة للحكم، فمن إشاراتها تبدو العلة، ومن جهة ثالثة فإن القياس هو رد إلى الكتاب والسنة. ومثال حكم الأصل الثابت بالكتاب حرمة الخمر. ومن قبيل حكم الأصل الثابت بالسنة حرمان القاتل من الميراث.

أما القياس على الحكم الثابت بالإجماع ففيه رأيان :

- **الرأى الأول :**

أنه يجوز القياس على الحكم الثابت بالإجماع، ذلك أن الإجماع دليل شرعى مثل الكتاب والسنة، فيأخذ حكمهما، كما أن عدم ذكر سبب الإجماع لا يمنع من

- ومن الخصوصيات التى ثبتت لبعض الصحابة جعل شهادة خزيمة ابن ثابت رضى الله عنه وحدها كافية فى **الإثبات** تكريما له على إيمانه القوى وثقته التامة بالرسول والتفاته إلى معنى خفى، حيث جزم بصدق الرسول فى أمور الدنيا قياسا على صدقه فى أمور الدين.
- انظر فى ذلك :
- **خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم** .
- فضيلة الشيخ / أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص١٨٦.
- الأستاذ الشيخ / عباس متولى حمادة : **المرجع السابق** ، ص١٦٢،١٦١.
- أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص١٥٦،١٥٥.
- أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص١٠٥.
- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص٢١٦،٢١٤.
- د/ بدران أبو العينين: **المرجع السابق** ، ص١٥٥، ١٥٦.

[١] - الشيخ / عباس متولى حماده : **المرجع السابق** ، ص١٦٢.
- د/ محمد زكريا البرديسى : **المرجع السابق** ، ص٢٣٦.
- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص٢١٢.
- د/ بدران أبو العنين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٦١.

معرفة العلة، حيث أن معرفتها لا تتوقف على وجود نص دال عليها، لأن العلة كما يكون منصوصاً عليها، فإنه يمكن استنباطها بعدة طرق[1].

- **الرأى الثانى :**

أنه لا يقاس على الحكم الثابت بالإجماع لأن الإجماع لا يذكر معه سنده من النصوص فى الغالب، وإذا لم يذكر السند لا يمكن معرفة علة الحكم المجمع عليه ، فإذا تعذر معرفة العلة تعذر القياس[2].

وفى حالة كون الحكم الأصلى ثابتاً بالقياس ، هل يجوز القياس عليه؟

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن ذلك تطويلاً لا داعى له ، ذلك أنه يمكن القياس على الأمر الأصلى الذى ثبت حكمه بالنص أو بالإجماع، إذا كانت علة الحكم مشتركة بينهما، أما إذا اختلفت العلة فى القياسين، كان القياس الثانى باطلاً لعدم اتحاد العلة بين الأصل والفرع. وذلك من شروط صحة القياس[3].

بينما خالف فى ذلك ابن رشد، إذ يقول: إذا علم الحكم فى الفرع صار أصلاً، وجاز القياس عليه بعلة أخرى مستنبطة منه ، وإنما سمى فرعاً مادام متردداً لم يثبت له الحكم بعد. وكذلك إذا قيس على ذلك الفرع بعد أن صار أصلاً بثبوت الحكم فيه فرع آخر بعلة مستنبطة منه أيضاً، فثبت الحكم فيه صار أصلاً وجاز القياس إلى مالا نهاية.

ويستطرد قائلاً: فإذا نزلت النازلة ولم يوجد لها لا فى الكتاب ولا فى السنة ولا فيما أجمعت عليه الأمة نص. ولا يوجد شئ من ذلك كله تجمع بينه وبين النازلة، ووجد ذلك فيما استنبط منها وجب القياس على ذلك، فكما يبنى العلم

---

[1] الإمام / الشوكانى : **إرشاد الفحول**، ص٢١٠، حيث ذكر أنه قد وقع الإجماع على تعليل ولاية المال بالصغر . فيقاس عليه : الولاية على الصغيرة فى النكاح للصغر .

- وقال الأستاذ الشيخ / عباس متولى حمادة أن ذلك مذهب الجمهور ، ص٢٦٦ من أصول الفقه ، الطبعة الثانية.

[2] – قال بالرأى الثانى بعض الفقهاء منهم أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص١٥٢.

[3] – فضيلة الشيخ / أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص١٨١.

- أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص١٥٢. هامش رقم (١).
- د/ محمد زكريا البرديسى : **المرجع السابق** ، ص٢٣٨.
- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص٢١١، ٢١٢.
- أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص١٠٢،١٠١.
- د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٥٨،١٥٧.

العقلى على علم الضرورة، هكذا أبداً من غير حصر بعدد على ترتيب ونظام الأقرب فالأقرب، فكذلك العلوم السمعية تبنى على الكتاب والسنة والإجماع أو على ما يبنى عليها، هكذا أبدا إلى غير نهاية[1].

٤- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى:

أى مما يستطيع العقل إدراك علته التى شرع من أجلها، لأن القياس مبنى على العلة التى يقف العقل عليها لكى يتمكن المجتهد من تعدية حكمها من الأصل إلى غيره من الفروع التى تتحقق فيها تلك العلة، فإذا كان الحكم مما لا يستطيع العقل إدراك علته فإنه يمتنع القياس.

فالأحكام قد شرعها الله لعلل ومقاصد اقتضت حكمته جل جلاله أن يستأثر بعض تلك العلل، ولا يرشد إليها ليختبر عباده بالتكليف بها من غير علة، وهذه الأحكام هى المسماة بالتعبدية.

أما غير ذلك من الأحكام فقد أرشد الله عباده إلى عللها، سواء بالنص عليها أو بإمارة دالة عليها لتطمئن النفوس إلى شرعية الأحكام، وليكون فى الإمكان إعمال القياس متى وجدت العلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه. وهذا النوع من الأحكام يجرى فيه القياس يستوى فى ذلك الأحكام المشروعة ابتداء، والأحكام المستثناة من أصل كلى أو قاعدة عامة[2].

ثانياً : شروط الفرع[3]:

---

[1] -ا لإمام / ابن رشد : **المقدمات الممهدات** ، الجزء الأول ، مطبعة السعادة ، ص٢٢،٢٣.

[2] – مثال الأعمال المشروعة ابتداء :كراهة البيع عند النداء ، لصلاة الجمعة بقوله تعالى : "فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ" (سورة الجمعة: من الآية٩)، فإنه حكم المشروع أولا غير مستثنى من القاعدة، وعلته ظاهرة فيمكن إعمال القياس بصدده فى كل فرع تتحقق فيه ذات العلة.

- ومثال الأحكام المستثناة من حكم كلى، بيع العرايا : وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بما يساويه من التمر خرصاً ، أى بطريق الحذر والتخمين من غير كيل ولا وزن.
- **انظر فى صدد كون حكم الأصل معقول المعنى، المراجع التالية :**
- فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص١٨٤،١٨٥.
- أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص١٠٤.
- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص٢١٢.
- أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص١٥٢،١٥٤.
- د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٥٩،١٦٠.

[3] – الإمام / البيضاوى : **نهاية السول فى شرح منهاج الأصول**، الجزء الرابع ، انظر فى شروط الفرع ، ص٥٣ وما بعدها.

يشترط فى الفرع ما يلى:

١- ألا يكون فى الفرع نص أو إجماع يدل على حكم مخالف للقياس.

لأنه لو كان الأمر كذلك فإن القياس يكون معارضاً للنص أو الإجماع وبالتالى يكون باطلاً. ومثال القياس الذى يوجد فى الفرع نص مخالف له، قياس كفارة اليمين على كفارة القتل الخطأ فى عدم إجزاء عتق العبد الكافر فيهما ، بحجة أن كلاً منهما كفارة ذنب.

فهذا القياس غير صحيح لأن كفارة اليمين ورد فيها نص مطلق يفيد إجزاء عتق الرقبة مطلقاً، سواء كانت مؤمنة أو كافرة، فيقول الله تعالى: "لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ"[١]. فإن هذا النص يفيد إجزاء عتق الرقبة الكافرة، وبذلك يكون هذا النص مانعاً من قياس كفارة اليمين على كفارة القتل الخطأ.

ومثال القياس المعارض للإجماع: القول بأن المسافر لا يجب عليه أداء الصلاة قياساً على عدم أداء الصوم فى السفر استناداً إلى قوله تعالى: "**فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ**"[٢]، وهذا القياس يكون باطلاً، لأن الإجماع انعقد على حرمة ترك الصلاة أثناء السفر، واقتصر الأمر على قصرها للتخفيف[٣].

- الإمام / أبو حامد الغزالى : **المستصفى** ، **المرجع السابق** ، ص٣٣٠، ٣٣١ ، **قد ذكر خمسة شروط للفرع هى:**

١- أن تكون علة الأصل موجودة فى الفرع.

٢- أن لا يتقدم الفرع فى الثبوت على الأصل.

٣- أن لا يفارق حكم الفرع حكم الأصل فى جنسه لا فى زيادة ولا فى نقصان.

٤- أن يكون حكم الفرع مما تثبت جملته بالنص.

٥- أن لا يكون الفرع منصوصا عليه.

[١] سورة المائدة : من الآية ٨٩

[٢] سورة البقرة : من الآية ١٨٤

[٣] - فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص ١٨٧ .

- الشيخ / عباس متولى حمادة : **المرجع السابق** ، ص١٨٧.
- أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ١٦٣ .
- د/ محمد زكريا البرديسى : **المرجع السابق** ، ص٢٤١-٢٤٢.
- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢١٨ .

٢ – أن يتساوى الأصل مع الفرع فى علة الحكم :

لأن تعدية حكم الأصل إلى الفرع هو تسوية بينهما فى الحكم بناء على تساويهما فى العلة ، فإذا لم تحقق المساواة فى العلة انتفت المساواة فى الحكم ويصير القياس غير صحيح ، ويسمى هذا القياس "قياساً مع الفارق".

ويمثل البعض للقياس مع الفارق، بقياس الحنفية تولى المرأة البالغة العاقلة عقد زواجها على بيعها شيئاً من مالها، فكما يصح بيعها يصح عقد زواجها، لأن كلا منهما تصرفت فى خالص حقها الذى يتمثل فى المال فى عقد البيع، ونفسها فى عقد الزواج .

وقد رد المخالفون للحنفية بأن هذا القياس مع الفارق، لأن المقيس عليه الذى يتمثل فى البيع يتعلق بالمال، وهو حق خالص للمرأة لا يشاركها فيه أحد. بينما المقيس وهو الزواج. فإنه وإن تعلق بنفس المرأة فإنه يتعلق بغيرها من الأقارب الذين تتكون منهم الأسرة. وذلك أن عقد الزواج كما يربط بين الزوجين فإنه أيضاً يربط بين أسرتين. فهو يدخل فى أسرة الزوجة عضواً جديداً يخالط أفراد الأسرة ويطلع على أسرارهم. كما أنه قد يلحق بالأسرة العار أو يزيدها شرفاً حسب وضعه الاجتماعى، ولذا يكون لأولياء المرأة حق الزواج. ومن هذه الناحية يفترق الزواج عن البيع[١].

٣- ألا يتقدم حكم الفرع فى الثبوت على حكم الأصل :

فلا يصح قياس الوضوء على التيمم فى اشتراط النية باعتبار أن كلاً منهما تطهير حكمى، لأن الوضوء قد شرع قبل التيمم. فلو صح هذا القياس لترتب عليه ثبوت حكم الفرع وهو وجوب النية فى الوضوء قبل ثبوت علته، لأنها مستنبطة من حكم الأصل المتأخر وهو التيمم[٢].

- د/ بدران أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ١٦٢-١٦٣ .

١ – فضيلة الشيخ / محمد أبو زهرة : **المرجع السابق** ، ص ١٨٧ .

- أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ١٦٣ .

- د/ بدران أبو العنين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٦٣.

٢ – **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢٤٢ .

- د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص ١٦٤ .

٤ - أن يتساوى الفرع مع الأصل :

فلا يصح القياس عند تفاوتهما، ولهذا يكون باطلاً قياس الوضوء على التيمم بجامع أن كلاً منهما مطهر، لأن الوضوء غير مساو للتيمم، ذلك أن الوضوء بالماء مزيل للأوساخ والأخباث، أما التيمم بالتراب فهو ملوث، ولكن الشارع اعتبره مطهراً عند فقد الماء، أو التضرر من استعماله، فلم يتساويا، فلا يقاس أحدهما على الأخر[١].

---

[١] د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٦٣ .

المطلب الخامس

أنواع القياس فى القانون

يقتضينى اكتمال الكلام على القياس فى القانون عرض صوره وبيان أساس قوته وموقعه بين مصادر القانون، أى بيان ما إذا كان يعتبر من مصادر القانون الرسمية أم من مصادره التفسيرية.

أولاً : "صور القياس":

إن القياس من حيث النظر إلى المقيس عليه، له صورتان بارزتان وهما القياس التشريعى والقياس القانونى[1].

أما **القياس التشريعى** فيتكون من تطبيق نص ينظم حالة معينة على حالة أخرى غير منصوص عليها لوجود تشابه فى الحكمة بين الحالتين. وبعبارة أخرى وهو قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نص، فيكون المقيس عليه نصاً من نصوص القانون[2]. ويطلق عليه **Analogie legis** ومثل لذلك فى القانون المصرى بقياس الختم، وبصمة الأصابع على الإمضاء فى المادة ٢٤٧مدنى مصرى قديم التى كانت تقضى بأن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة والإمضاء.

وأما **القياس القانونى** فهو قياس حاله لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادئ القانونية وروح النظام القانونى، ويطلق عليه **Analogie Juris**، ويسمى أيضاً القياس القانونى. ذلك أنه يتحقق حيث يكون المقيس عليه نظاماً كاملاً من الأنظمة أو موضوعاً شاملا مواضيع نص قانونى تفصيلاً على الأحكام الخاصة بجزئياتها فى مواد عديدة، بينما يكون المقيس موضوعاً خاصاً، أو نظاماً آخر لم ينص القانون على أحكامه .

ولكن ثمة أوجه شبه بين الموضوعين أو النظامين، ومن أمثلة ذلك تطبيق أحكام العقود المسماة على العقود الغير مسماة التى لم ينص على أحكامها متى كانت مشابهة للمسماة فى الجوهر. وكذلك تطبيق أحكام الوصاية على الأولاد

---

[1] Geny, François, “**Méthodes D’interprétation de Droit Privé Positif ET Ses Sources**”, Paris, ١٩٥٤, Tom, I no.٨١ bis-p١٠٧, ١٩٤,١٩٥.

[2] – فضيلة الشيخ / مصطفى شلبى: **المرجع السابق** ، ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

– د/ محمد زكريا البرديسى : **المرجع السابق** ، ص ٢٤١ ،٢٤٢ .

الشرعيين التى نص عليها القانون على الأولاد الطبيعيين أى غير الشرعيين التى لم ينص عليها مع بعض الاختلافات التى تقتضيها الحالة[1].

ومن هذا القبيل ما قد يقوم به الفقيه من استخلاص الفكرة العامة من النصوص القائمة لتكون أساساً لنظرية عامة تندرج تحتها كل الروابط القانونية المماثلة لتلك التى نظمها المشرع. وذلك كالمحاولة الفقهية التى أريد بها القياس على النصوص بتحريم الربا الفاحش والغبن فى حالات معينة. وكذلك حالات إبطال تصرفات ناقصى الأهلية، أو من شابه رضاهم عيب الغلط أو التدليس أو الإكراه لاستخلاص نظرية عامة، تقضى باعتبار كل العقود التى لا يحصل فيها أحد المتعاقدين على مثل ما أعطى قابلة للإبطال.

وهى المحاولة الفقهية التى تأثر بها المشرع فى التقنين المدنى المصرى، فعبرت عنها المادة ١٢٩مصرى التى تجيز إبطال العقد الذى يستغل به أحد الطرفين طيش الطرف الآخر أو هواه الجامح ليستفيد منه أكثر مما قدم[2].

وقد يراد بالقياس أيضاً النفاذ إلى ما وراء النصوص القانونية من الأفكار الأساسية العامة التى قامت عليها بغية الكشف عن المبادئ العامة التى تهيمن على النظام القانونى واستخلاص النتائج المترتبة عليها، والتى سها عنها المشرع[3].

وإننى أرى هذه المعانى المتسعة والمتنوعة للقياس التى يقول بها فقهاء القانون المدنى بصفة خاصة، أراها مؤكدة لوجهة نظرى فى اعتبار أن المبادئ العامة للقانون تصلح لكى تكون وسيلة من وسائل التفسير حيناً وحيناً أخرى تصلح وسيلة من وسائل تكملة النقص التشريعى. ويبدو فى هذا التنوع مدى الشبه بين القياس بمعناه الاصطلاحى الضيق وبين المبادئ العامة للقانون. ولكن يبقى أن المبادئ العامة للقانون تقوم بدور ثالث لا يتشابه فيه مع القياس ألا وهو قيامها بدور المحدد العام أو الموجه للقاضى عند تفسيره لنص ما. وبعبارة أخرى تعمل هذه المبادئ كوجه إلى أى وجهة أو أى أسلوب تفسيرى على القاضى أن يستخدم، با يتواءم ويتلاءم مع مبدأ قانونى عام معين يرى القاضى أنه المبدأ المختار الذى يجب احترام مقتضاه أو عدم مخالفته فى طائفة معينة من النصوص. وهذه الأفكار سأحاول تفصيلها فى الموضع المناسب من الفصول التالية.

---

[1] د/ عبد الحميد متولى : مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة ، **مجلة الحقوق** ، الإسكندرية ، العدد الأول والثانى ،١٩٦١ ، ص٢٠٥ وما بعدها.

[2] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٢٩٣ .

[3] د/ محمد على عرفة : **المرجع السابق** ، ص١٧٧.

ويمثل لذلك "جنى" بمبدأ الحق فى الحبس، ومبدأ شبه العقد فى حالة الكسب غير المشروع. وأهم مثل لذلك فى القانون المدنى الفرنسى نظرية الاشتراك لمصلحة الغير التى تبنتها المحاكم على أساس المادة (١١٢١) مدنى فرنسى فى أن هذه المادة تنص على أن العقد لا يفيد أجنبياً عنه، إلا أن يكون أحد المتعاقدين قد أشترط لنفسه ولأجنبى فى ذات الوقت، وأن يكون العقد هبة مقترنة بشرط لمصلحة الغير[١].

وقد ارتفعت المحاكم من هذا النص، فيما استثناه إلى المبدأ العام الذى لابد أن يكون المشرع قد صدر عنه فى هذا النص هو مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير، ثم فرعت على هذا المبدأ أحكام عقد التأمين لمصلحة الغير[٢].

وجدير بالذكر أن هذا هو العمل الأساسى لفقهاء القانون. فهم بهذا العمل يوسعون نطاق التشريع ويجعلونه أكثر انسجاماً مع التطورات الاجتماعية[٣]. إلا أن مثل هذا الاستنباط مبادئ عامة لا يعد فى حقيقته نوعا من أنواع القياس، والقياس كما يقول الفقيه الإيطالى الكبير "ديلفيكيو" يختلف عن الاستنباط **Induction** فى أنه لا يتجه من خاص إلى عام، وإنما من خاص إلى خاص مماثل له أى أن كلا من المقيس والمقيس عليه يكون مسألة جزئية وليس مبدأً عاماً[٤].

وأرى صحة ما يراه البعض من أن هذه الصورة من الناحية المنطقية تدخل ضمن الاستقراء لا ضمن القياس. ذلك لأن الفقيه يستقرئ أولا الأحكام الجزئية ليستنبط منها المبدأ العام، ثم يجعل المبدأ العام قضية كبرى لقياس منطقى يستخلص منه أحكام أخرى منصوص عليها. ومن المعلوم أن الاستقراء هو أحد أعمدة المنطق[٥].

ونحن نرى أن هذه الطريقة قد برع فيها فقهاء الشريعة الغراء، ونتج عن إعمالهم لها تلك الذخيرة الوافرة من القواعد الفقهية، والتى ألقينا عليها الضوء المناسب لهذه الدراسة فى الباب الأول.

---

١ Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis-p١٦٦,

٢ د/سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٣٢.

٣ د/ محمد على عرفة : **المرجع السابق** ، ص١٧٧.

٤ د/ عبد الحميد المتولى : **المرجع السابق** ، ص٢٠٦.

٥ د/ محمد محمد منصور سلطان : **المرجع السابق** ، ص ١٨٤.

ثانياً : موقع القياس بين مصادر القانون ووسائل التفسير :

من المعلوم أن القول بأن قياس النظير يدخل فى نطاق التفسير ليس أمراً متفق عليه، لأن هناك اتجاه آخر يدخله فى نطاق عملية سد الفراغ فى القانون المكتوب.

ولتحديد موقع القياس بين مصادر القانون أهمية كبيرة. فإذا قلنا أن القياس وسيلة تفسير تعين عدم الالتجاء إلى مصادر أخرى فى التفسير، إلا بعد استنفاد الالتجاء إلى القياس وعدم التوصل إلى النتيجة. وإذا قلنا، أنه مصدر رسمى وجبت مراعاة موقعها بين المصادر الرسمية من حيث التسلسل عند الرجوع إليه. هذا وقد توزعت الإجابة على ذلك على عدة أراء ألخصها فيما يلى:

١- موقع القياس فى رأى الفقه الألمانى[1]:

عنى الفقهاء الألمان كثيرا بموضوع القياس، وتأثر بهم رجال الفقه الفرنسى وعلى رأسهم الفقيه الكبير "جنى" منذ أواخر القرن التاسع عشر. وتلخص آراؤهم فى عدم اعتبار القياس وسيلة من وسائل تفسير القانون. وإنما هو يتجاوز ميدان التفسير ليكون أداة لسد النقص فى التشريع. فالقياس عندهم يحتل مكاناً وسطاً بين طرق تفسير القانون وبين طرق إنشائه أى مصادره[2].

وقد نسب الأستاذ "جنى" إلى الفقيه الألمانى "ويند شايد" الرأى القائل: إن القياس يقف فى الوسط بين التفسير المجرد وبين خلق القانون. ومن ثم فإن له طبيعة مزدوجة لسببين:

أولهما : أنه يعتمد على القانون المكتوب فهو أساسه الجوهرى. وطبقاً لافتراضات الوحدة العضوية ينشط دور القياس لملء الفراغات فى النصوص التشريعية.

وثانيهما : أن القياس المنبثق عن الروح العامة للنظام القانونى يرتفع دون شك فوق مستوى النصوص[3].

والواقع أن المذهب السائد فى ألمانيا هو أن قياس النظير يدخل فى نطاق عملية سد الفراغ فى القانون، لأنه ينطوى على تجاوز المعنى الحرفى للنص،

---

[1] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis-p١٠٧.

[2] د/ عبد الحميد المتولى : **المرجع السابق** ، ص١٨٦ وما بعدها.

[3] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis- p١٠٨.

ويقوم بسد الفراغ فى القانون فى اللحظة التى يضطر فيها القاضى وهو يبحث عن العدالة والحق، إلى الذهاب بعيداً وراء المعنى الحرفى للنص القانونى[١].

٢- موقع القياس فى نظر الفقه السويسرى :

إن أغلب الشراح السويسريين يعتبر قياس النظير نوعاً من التفسير مادام يستند إلى حكمة التشريع. وذلك لأن غاية المشرع لا يمكن أن تحدد بالمعنى الحرفى للنص[٢].

٣- موقع القياس فى نظر الفقه الفرنسى :

لم يعن الفقه الفرنسى العناية الكافية بموضوع القياس. وقد أشار إلى ذلك الفقيه "جنى" بقوله: إن أكثر الفقهاء الفرنسيين يخلط بين القياس وبين التفسير الواسع. ومع ذلك، فإن فى الوسع تبين اتجاهين فى الفقه الفرنسى حيال مركز القياس فى دائرة القانون، أولهما: ما يسمى بالاتجاه التقليدى، وثانيهما: ما تبناه الفقيه جنى ، وسأتكلم فيهما بإيجاز[٣].

أ- القياس فى الاتجاه التقليدى:

لقد سلكت هذا الاتجاه مدرسة التزام النص (مدرسة الشرح على المتون) التى تسيدت الفقه الفرنسى طوال القرن التاسع عشر، وحتى قبيل انتهائه. فكان فى نظر هذه المدرسة أسلوبا من أساليب تفسير نصوص التشريع فحسب، استنادا إلى افتراض أن المشرع حين يضع قاعدة قانونية بناءً على سبب قانونى، أو ما يسمى حكمة التشريع، يقصد أن يقرر جميع النتائج المترتبة على وجود هذا السبب ذاته فى حالات أخرى غير الحالة التى نص عليها. أى أننا فى حالة إعمال القياس على هذا الزعم إنما تفسر إرادة المشرع ، وإن كنا نفترضها.

ب- القياس فى نظر مدرسة جنى:

يرى الأستاذ "جنى"[٤]: أن القياس ليس مجرد تفسير للنصوص ، وإنما هو وسيلة من وسائل ما يسميه "البحث العلمى الحر"، ذلك لأننا بإعمال القياس نبتعد عن ميدان التفسير لأن بحثنا يتجه عندئذ إلى اكتشاف الإرادة المفترضة للمشرع.

---

[١] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ١٨٧ .

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١٨٨ .

[٣] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis P. ١١٠.

[٤] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis P. ١١١.

والبحث عن هذه الإرادة لا يعد، فى نظر "جنى"، تفسيرا لإرادته، لأننا ننسب إلى المشرع أنه قد أراد ولا نفسر ما أراد، أما تفسير التشريع، فيعنى البحث عن مضمون إرادة المشرع عن طريق عبارة التشريع، ولا شأن له بما كان يصح أن تتجه إليه نية المشرع.

فالقياس عند "جنى" يعمل على تكملة التشريع، ولا شأن له بما كان يصح أن تتجه عليه نية المشرع. فالقياس عند جنى يعمل على تكملة التشريع لا تفسيره، وذلك بما تتطلبه مقتضيات العدالة والصالح العام من غير منافاة أو مجافاة للتشريع القائم[١].

إن خلاصة رأى "جنى" هى: أن القياس يمثل الحد الأوسط الذى يصل بين نتائج القاعدة القانونية، وثمرات البحث الحر. وهو على أية حال ليس مصدرا تفسيريا ، بل إنه وسيلة للبحث الحر عن الحكم القانونى[٢].

<u>يتضـح مما تقدم أن المدرسـة العلمية تأثرت بصـورة بينة بالفقه الألمانى الذى لا يرى فى القياس أسـلوبا للتفسـير ولا مصـدراً، وإنما يراه شـيئاً يحتل مكاناً وسطاً بين الاثنين.</u>

- **قياس الشبه :**

وهكذا فقد بدا لنا أن الفقه الألمانى، مثله مثل الفقيه "جينى"، يعتبر القياس أمر وسط بين التفسير الواسع وتكملة النقص فى التشريع. والحق أن الفقه كان ينتظر القسمة المنطقية بين الأمرين، وهو ما يتحقق بالمعيار الذى نقترحه فى نهاية هذا الباب.

وعلى العموم فإن بعض القوانين المعاصرة أوجبت الرجوع إلى القياس بالنص الصريح كالتقنين المدنى الإيطالى القديم فى المادة ٣منه، والتقنين المدنى البرازيلى فى المادة ٧ منه، ومشروع التقنين المدنى لليمن الديمقراطية فى المادة الثانية منه. ومعنى ذلك أن هذه التقنينات أخذت بجواز القياس كقاعدة عامة لجعل التشريع القائم صالحاً لمواجهة الحالات المستحدثة[٣].

وجدير بالذكر أنه حتى مع قبول القياس كوسيلة تفسير أو وسيلة للبحث الحر أو أداة لتكملة النقص التشريعى فإنه يجب عند الأخذ به مراعاة منتهى الدقة

---

[١] د/ عبد الحميد المتولى: **المرجع السابق** ، ص١٩٢.

[٢] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis P. ١١٢.

[٣] د/ سليمان مرقص : **المرجع السابق** ، ص٢٣٠.

والحذر حتى لا يؤدى ذلك إلى تقرير أحكام تغاير فى جوهرها الأحكام الأصلية. ولهذا ينبغى التحقق من التشابه المطلوب بين الواقعتين، ومن اتحادهما فى السبب. كما يجب التثبت من أن حكم الأصل ليس استثناءً، وإلا كان وارداً على خلاف القياس وما يرد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

إن التحقق من التشابه بين الواقعتين من حيث سبب الحكم يتطلب عقلاً قانونياً ناضجاً وثقافة مرهفة، وإدراكاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية القائمة، ومعرفة بطبيعة الفكر السياسى السائد فى المجتمع. وعند دمج هذه الأمور تتجلى حكمة التشريع التى تعتبر روح القياس ومستنده.

أما التثبت من أن حكم الأصل ليس استثنائياً، فأمر لابد منه. ذلك لأنه من القواعد المقررة فى علم أصول الفقه الإسلامى عدم جواز القياس على حكم استثنائى. ومع ذلك فإننا نجد بين رجال الفقه الوضعى رأيين مختلفين بهذا الصدد:

أما **أولهما :** فيرى أن المستثنى لا يجوز القياس عليه، لأنه لا يجوز التوسع فى تفسيره. ويعتنق هذا الرأى فريق من رجال الفقه الفرنسى والمصرى. وواضح أن منع القياس على المستثنى استنادا إلى عدم جواز التوسع فى تفسيره يقوم على أساس أن القياس من قبيل التفسير[1].

وأما **الرأى الثانى :** فقد نادى به جانب من رجال الفقه الفرنسى، ومفاداه أن المستثنى يجوز القياس عليه إلا إذا كانت القاعدة المستثناة ، قاعدة خاصة بالمعنى الضيق.

وفى كل الآراء السابقة حجة لرأى أستاذنا الدكتور مأمون سلامة فيما ذهب إليه من أن القياس على نوعين، نوع يعتبر من وسائل التفسير والآخر من قبيل المصادر[2]. وهذا الرأى هو الذى نؤيده ، وقد جعلناه أساساً بنينا عليه مقترحنا بشأن الاجتهاد لإيجاد المعيار الذى يمكن أن نفرق به بين نوعى القياس.

إن المعيار المختار من قبل جمهور الفقه لإجراء التفرقة بين القواعد القانونية الاستثنائية والقواعد الخاصة (بالمعنى الواسع، وبالمعنى الضيق) يتأسس على مجموعة من المبادئ الضابطة، وهى كما يلى[3]:

أ- تتميز القاعدة الاستثنائية بأنها تقضى بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام.

---

[1] د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص٨٠ وما بعدها.

[2] د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٥٥ .

[3] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ١٩٠ .

ب- أما القاعدة القانونية الخاصة بالمعنى الواسع، فهى تلك التى تأتى بحكم خاص لحالة معينة دون أن يقضى هذا الحكم بعكس ما يقرره مبدأ قانونى عام أو قاعدة عامة تقررت ابتداء. مثال ذلك القواعد الخاصة بإيجار الأراضى الزراعية .

فهذه القواعد جاءت بأحكام خاصة لحالة كانت تتسع لها القواعد العامة فى الإيجار. وهى إن كانت قد قضت بغير ما تقضى به تلك القواعد العامة، إلا أنها لم تقض بعكس ما قضت به. ومن ثم كانت قواعد خاصة ولم تكن قواعد استثنائية.

جـ- القاعدة الخاصة بالمعنى الضيق، هى تلك التى يختص فيها حكم القاعدة بالحالة التى تعرض لها، اختصاصا يحول دون تعديته بالقياس إلى ما عداها[١].

المطلب الختامى

أساس القياس

أعنى بأساس القياس الركيزة العلمية والمنطقية التى يستند إليها القياس فى مشروعيته، وأهم الآراء التى قيلت بصدد ذلك ما يلى:

أولاً : أن القياس يستمد قوته وشرعيته من الإرادة المفترضة من المشرع، وهذا هو رأى مدرسة الشرح على المتون. ويرد على هذا الرأى بأن الإرادة المفترضة إرادة موهومة، فلا يعقل أن تجعل أساساً لعمل حقيقى وواقعى[٢].

ثانياً : يقول البعض أن أساس القياس هو العرف، وهذا القول مرفوض لأن العرف إذا كان قادراً على خلق القانون، فليس فى إمكانه إقرار وسيلة منهجية محضة لها نفس القوة أى نفس قوة العرف[٣].

ثالثاً : يرى العلامة "سافينى" أن الفكرة الأساس لشرعية القياس هو الوحدة العضوية والانسجام التام للنظام القانونى الوضعى المتكون من التشريع والعرف. ذلك لأن القانون الوضعى حسب رأيه يعتبر كائناً حياً متكاملاً

---

[١] **المرجع السابق مباشرة** ، ص٨١

[٢] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٦.

[٣] **المرجع السابق مباشرة** ،نفس الصفحة .

مكتفياً بالذات ويجد فى مصدريه، وهما التشريع والعرف بمساعدة القياس، كل العناصر الضرورية لتطوره الكامل. إلا أن ما ذهب إليه "سافينى" تعرض للنقد من قبل "جنى" بحجة أنه لن يقدم أساساً عقلياً متكاملاً، وإن كان نموذجا لقوة البصيرة وحدة الذكاء[١].

رابعاً : يرى "جنى" أن أساس القياس هو الشعور الغريزى المتأصل، ويعبر الفقيه الفرنسى على ذلك بقوله "إننا نشعر فى أعماقنا بالحاجة إلى المساواة أمام القانون، ونتيجة لذلك نشعر أن الحالات المتماثلة فى الطبيعة يجب أن يكون حكمها واحداً"[٢]. أى أن القاعدة التى تحكم حالة معينة يجب أن تطبق على الحالات المتشابهة ما لم تكن هناك أسباب تقتضى استبعاد الحالات المشابهة الأخرى من نطاق حكم القاعدة الأولى. وقد عبر عن هذا الشعور المثل التقليدى المعروف "إذا اتحد السبب اتحد القانون".

إن مفاد رأى "جنى" هو أن القياس يقوم على فكرة خضوع العلاقات المتشابهة لقاعدة واحدة، لأن الروابط البشرية التى تشترك فى مميزاتها الأساسية يجب أن تخضع لنفس القاعدة القانونية، وإلى هذا المعنى أشار الفقيه "تيرتوليان" بقوله "أن كل النصوص التشريعية يجب النظر إليها باعتبارها، وضعت بتنظيم الأشخاص والأشياء التى توجد فى حال تماثل"[٣].

والحقيقة أن الاستدلال بقياس النظير يفتقد الأساس الذى يبرر استخلاص النتيجة بعكس ما هو الحال فى القياس المنطقى الذى يستتبع النتيجة والضرورة. ولذلك فهو أى قياس النظير يعوزه أساس يبرره. ولا يوجد فى رأى البعض أساس أمتن وأرسخ مما هو كامن فى الشعور الغريزى المتأصل فى النفس[٤].

---

[١] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١٩٤ .

[٢] Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***,Paris,١٩٥٤ , Tom, I no.٨١ bis-p١٦٥.

[٣] أستاذنا الدكتور / محمود السقا : **المرجع السابق** ، ص١٦٨.

[٤] د/ مختار القاضى : **المرجع السابق**، ص١٤٩ .

المبحث الثانى

القياس فى الشريعة الإسلامية

نتناول هذا المبحث القياس فى الشريعة الإسلامية من خلال أربعة مطالب، المطلب الأول ونتحدث فيه عن ماهية القياس فى الشريعة الغراء من خلال الحديث عن تعريف القياس وبيان أركانه وشروطه. أما المطلب الثانى فنبين فيه ما قاله الفقهاء حول حجية القياس فى الشريعة الغراء ومجالات إعماله فى كل من العقليات واللغة. ونوضح بعد ذلك ما يجرى فيه القياس وما لا يجرى فيه، وضربنا على ذلك مثال القياس فى الحدود، وأما المطلب الثالث فتناولنا فيه تقسيمات القياس عند فقهاء الشريعة الغراء (القياس القطعى، القياس الظنى، القياس الأولى، القياس المساوى، القياس الأدنى، القياس الجلى، القياس الخفى، قياس العلة، قياس الدلالة) .

وغايتى من هذا التفصيل والإطناب فى بيان أنواع القياس عند فقهاء الشريعة الغراء هو الانتصار للرأى لا الذى نؤيده من أن "القياس" مصطلح متعدد المعانى. وبالتالى متعدد الوظائف بحسب طبيعة كل نوع منه. ولا يمكن التسليم بأنه نوع واحد ومن ثم إطلاق حكم واحد على القياس برمته من حيث الحظر أو الإباحة فى المجال الجنائى مثلاً. أو إطلاق حكم واحد على طبيعته بالقول بكونه من وسائل التفسير أو من مصادر القواعد القانونية. أما المطلب الرابع فعرضنا فيه أمثلة فقهية لمدى توافر أركان القياس ونتائج الخلاف حولها.

المطلب الأول
ماهية القياس فى الشريعة الغراء
"تعريف القياس وأركانه وشروطه"

أولاً : تعريف القياس:

إن تعريف القياس وبيان أركانه وشروطه فى الشريعة الغراء لا يختلف فى كثير من الأحيان عما قبل من فقهاء القانون. وعلى ذلك فإننا سنكتفى بإلقاء الضوء على ما نراه متميزاً وخاصاً من الأفكار التى قال بها علماء أصول الفقه الإسلامى .

والجدير بالذكر أن الفقه القانونى العربى قد نقل عن علماء أصول الفقه الكثير من الشروط والضوابط حتى بدى بحث الفقه القانونى العربى أكثر دقة وتفصيل من الفقه القانونى الغربى والفضل فى ذلك يرجع لعلماء أصول الفقه الإسلامى .

القياس لغة التقدير يقال قست الثوب بالمتر أى قدرته به[١]. واصطلاحاً إلحاق واقعة لنص على حكمها الشرعى بحكم واقعة ورد نص بحكمها لتساوى الواقعتين فى علة الحكم. فإذا دل نص على حكم من الأحكام فى واقعة، وعرفت علة هذا الحكم بطريق من الطرق التى تعرف بها علل الأحكام، ثم وجدت بواقعة النص فى حكمها بناءً على تساويهما فى علته لأن الحكم يوجد حيث توجد علته[٢].

هذا وقد رأى جمهور الفقهاء جواز القياس على حكم ثبت بالإجماع، لأن العلة لا تتوقف معرفتها على النص فقط، ولأن الإجماع كالنص أصل فى إثبات الأحكام[٣].

ويلاحظ أن لفظ القياس قد شاع استعماله على ألسنة أهل الرأى قديماً فى معنى آخر مفاده: التماس العلل الواقعية للأحكام الشرعية عن طريق العقل. وجعلها بذلك مقياسا لصحة النصوص التشريعية. فما وافقها فهو حكم الله، فهذا

---

[١] ابن منظور : **لسان العرب** ، مادة (القياس).

[٢] د/ رفاعى سعيد سعد : **المرجع السابق** ، ص٣٧٩.

[٣] فضيلة الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص٥٣.

هو المراد بقولهم: إن هذا الحكم موافق للقياس، وذلك الحكم مخالف له. وهذا المعنى يقرب مما هو معروف فى الفقه الغربى بالمبادئ العامة[1].

ثانياً : أركان القياس:

ويعتبر الحديث عنها فيما يجاوز الأفكار السابقة متطابقاً بين فقهاء القانون وفقهاء الشرع الحنيف. وقد سبق وأن فصلنا الحديث عنها فى مطلع هذا الفصل.

ثالثاً : شروط القياس[2]:

وضع الأصوليون شروطا وضوابط لإعمال القياس، منها ما يشترط فى حكم الأصل. ومنها ما يشترط فى الفرع. ومنها ما يشترط فى العلة . وقد أطالوا التحدث عن هذه الشروط للوقاية من القياسات الفاسدة، إلا أن الخوض فى هذه التفصيلات لا يفيدنا كثيراً فى هذه الدراسة المقارنة العامة. ولذلك سأكتفى بتعداد شروط كل من حكم الأصل والفرع مرجئاً الكلام فى شروط العلة إلى الموضع الذى أعقده للبحث فى العلة، وما يتعلق بها لأنها أساس القياس.

وقد اشترط علماء الأصول الشروط الآتية فى حكم الأصل، وفى الفرع:

١- أن يكون حكم الأصل شرعياً علمياً، لا لغوياً خلقياً أو عقائدياً أو عقلياً.

٢- أن يكون ثابتاً بالكتاب الكريم أو السنة أو ثابتاً بالإجماع على الرأى الراجح.

٣- ألا يكون فرعاً لحكم آخر.

٤- أن يكون حكم الأصل مبنياً على علة يستطيع العقل إدراكها. لأن أساس القياس إدراك علة حكم الأصل وإدراك تحقيقها فى الفرع. فإن تعذر إدراك العلة، فلا سبيل إلى القياس. وسبب ذلك أن من الأحكام ما يستأثر الله تعالى بعلم عللها، ويجب على الناس العمل بها، وإن لم يدركوا ما بنى عليه الحكم من علة، وتسمى الأحكام التعبدية أو الأحكام غير معقولة المعنى. ومن الأحكام ما أرشد الله العقول إلى عللها بنصوص أو أدلة أخرى، وتسمى الأحكام المعقولة المعنى.

---

[1] المستشار / محمد وجدى عبد الصمد : **المرجع السابق** ، ص ٨٨٣.

[2] د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق**، ص٥٨٥.

- د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ٣١٩ .

وحيث أنه لا مجال للعقل إلى إدراك العلة فى الأحكام التعبدية، فلا يسوغ إثبات حكم منها فى غير موضع النص بواسطة القياس. وكذلك الأمر فى الحدود والكفارات والمقدرات عند جمهور الفقهاء. لأن علل ما تشتمل عليه من تقديرات خاصة لا يمكن التعرف عليها كعدد المائة فى حد الزنا[١]. وتتجلى أهمية هذا الشرط فى مجال الفقه الجنائى الشرعى. فقد اختلف الفقهاء حول مدى جواز القياس على نصوص التجريم والعقاب فى مسائل الحدود والكفارات. فأما الشافعية والحنابلة فقد برروا إثبات أحكام الحدود والكفارات بالقياس بإقرار الرسول، صلى الله عليه وسلم، لمعاذ على الاجتهاد دون تفريق بين الأحكام.

غير أن كثير من الفقهاء رد عليهم بأن الحدود عقوبات والكفارات فيها معنى العقوبة، ولما كان القياس يقوم على غلبة الظن، فهو إذن محتمل، وفيه شبهة. ومن ثم لا يجرى فى العقوبات لأن العقوبات تدرأ بالشبهات.

وقد لفت نظرى كون هذا السجال الفقهى يدور حول القياس فى الجرائم الحدية. ولم أجد أحداً من الفقهاء المتقدمين يتكلم حول حظر القياس فى جرائم التعازير بل لعلهم أطلقوا يد القاضى فى القياس فى هذه الجرائم كما يبدو من المسائل الكثيرة الواردة بكتب الفقه. ولم ينتبه بعض الفقهاء المعاصرين إلى ذلك. فأطلق القول بأن اختلاف فقهاء الشريعة حول مدى إعمال القياس على نصوص التجريم والعقاب. والحق أن الخلاف بين الفقهاء ينحصر فى دائرة الحدود والكفارات. وأما جرائم التعازير فالواضح من كتب الفقه أن إعمال القياس فيها مباح للقاضى باتفاق . وفى ذلك حجة للرأى الذى نؤيده والذى لا يسوى فى الحكم بين كافة صور القياس .

٥- أن يكون حكم الأصل ثابتا غير منسوخ .

٦- ألا يكون الأصل المقيس علية وارداً على سبيل الاستثناء لأن الاستثناء لا يقاس عليه .

ويمثل لذلك بالأحكام الشرعية التى ثبتت خصوصيتها للرسول صلى الله عليه وسلم أو لبعض الصحابة، كما هو الحال فى شهادة خزيمة حيث قال له صلى الله عليه وسلم: من شهد له خزيمة فهو حسبه[٢].

على أن هذه المسألة، أى عدم جواز القياس على الاستثناء، كانت موضع خلاف بين علماء الشريعة ، كما كانت كذلك بين علماء القانون. ومن الملائم أن

---

[١] الإمام / أبو الحسن على سيف الدين الآمدى : الأحكام ، **المرجع السابق** ، ص ١٣٦ .

[٢] الحديث مروى فى صحيح البخارى ، باب الشهادة .

أشير هنا إلى هذه المسألة كما فعلت فى مجال الخلاف بين رجال القانون فأقول: إن علماء الشريعة توزعوا حيال هذه المسألة على رأيين:

الرأى الأول: وهو الراجح، فمفاده أن الاستثناء لا يقاس عليه. وقد اشتهر عن الأصوليين قولهم (ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه)؛ ذلك لأن ما جاء معدولاً به عن الأصل العام هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها[١].

وأما **الرأى الثانى :** فمفاده أن الاستثناء إذا كان لعلة مفهومة واضحة أى معقولة المعنى، فإنه يجوز القياس عليه فى حالة اتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه. وهذا هو الرأى الذى قال به الإمام الغزالى[٢]، فقد رأى أن المدار هو وجود معنى يجمع بين المستثنى وغيره وعدم وجوده. فإن وجد جاء القياس وإن لم يجد امتنع، وأنا أرجح هذا الرأى لأنه يحقق مقصود الشارع من الاستثناء .

ولدقة هذه المسألة أنقل فيما يلى جزءاً من التحقيق البديع الذى جاء فى كتاب كشف الأسرار للعلامة عبد العزيز البخارى[٣]، ليكون نموذجاً لمدى عمق الأصوليين فى تحليل المسائل الشرعية والأصولية ونصه: "واعلم أن بعض المحققين ذكر فى تصنيف له فى أصول الفقه أنه اشتهر بين الفقهاء أن المعمول به خارجاً عن القياس لا يقاس على غيره"، ولكنه محتاج إلى تفصيل، فنقول : الخارج من القياس على أربعة أوجه :

أولها : ما استثنى وخصص من قاعدة عامة، ولم يعقل فيه معنى التخصيص ليكون ذلك المعنى أساساً للعلة فلا يقاس عليه غيره كتخصيص خزيمة بقبول شهادته وحده .

وثانيها : ما شرع ابتداء، ولا يعقل معناه، ومن ثم لم يظهر علته فلا يقاس غيره عليه لتعذر معرفة العلة. ولا يصح تسميته معدولاً عن القياس أو خارجاً عن القياس بعد دخوله فيه، بل إنه ليس مقاساً لعدم تعقل علته. ومثاله أعداد الركعات، ونصاب الزكوات، ومقادير الحدود والكفارات، وجميع التحكمات المبتدأة التى لا يعقل فيها معنى .

وثالثها : القواعد المبتدأة عديمة النظير. لا يقاس عليها غيرها مع أنها يعقل معناها؛ لأنه لم يوجد لها نظير خارج ما تناوله النص والإجماع. وتسميته خارجاً

---

[١] **مسلم الثبوت وشرحه** ، الجزء الثانى ، ص ٢٤٢ .

[٢] الإمام / أبو حامد الغزالى : **المستصفى** ، **المرجع السابق** ، ص ٤٥٥ وما بعدها .

[٣] العلامة / عبد العزيز البخارى : **كشف الأسرار** ، **المرجع السابق** ، ص ١٠٢٤ وما بعدها . وقد تصرفت بإضافة بعض العبارات والألفاظ لإيضاح المقصود .

عن القياس تجوز أيضاً، وذلك كرخص السفر والمسح على الخفين، ورخصة المضطر فى أكل الميتة... .

ورابعها : ما استثنى عن قاعدة سابقة تطرق إلى استثنائه معنى، فيجوز أن يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى، وشاركت المستثنى فى علة الاستثناء عند عامة الأصوليين خلافاً لبعض أصحاب أبى حنيفة، رضى الله عنه" انتهى كلام العلامة عبد العزيز البخارى.

٧- ألا يرد فى الفرع نص، أو إجماع يدل على حكم يخالف القياس.

٨- أن تكون علة حكم الأصل متوافرة فى الفرع، وأن يساوى الأصل فيها، وإلا انتفى الجامع بينهما، وأصبح قياسا مع الفارق.

٩- ألا يقدم حكم الفرع فى الثبوت على حكم الأصل.

١٠- عدم وجود فارق أو مانع يحول دون تعدى حكم الأصل إلى الفرع.

ووأضح أن الشروط الأربعة الأخيرة خاصة بحكم الفرع، أما الستة الأولى فهى لحكم الأصل .

المطلب الثانى

حجية القياس فى الشريعة الغراء ومجالات إعماله[1]

مما هو واضح ومستقر فى فقه الشريعة الإسلامية، أن الكتاب العزيز هو المصدر الأول، والمستند الحقيقى لشريعة الأحكام وإلزامها وتليه السنة النبوية. أما الأدلة الشرعية الأخرى فتستمد الإلزام والشرعية من الموافقة الصريحة أو الضمنية للكتاب الكريم أو السنة المطهرة .

ولقد بلغ الأصوليون فى دراستهم لهذين المصدرين المطهرين منتهى ما يمكن أن يصل إليه فهم بشرى لوثيقة مكتوبة بما توصلوا إليه من قواعد وضوابط مستقرأة من الواقع اللغوى والمنطقى للعبارات العربية. فإذا توقف الجهد المبذول للعثور على الحكم فى صريح عبارة النص أو عدم شموله للواقعة الطارئة، ولم يكن هنالك إجماع لجأ معظمهم إلى القياس. ولذلك كان من الطبيعى، طبقاً لما تحلوا به من ورع دينى والتزام عقائدى بحكم الشرع، أن يحيطوا القياس بشروط وضوابط صارمة تقى الفقهاء والقضاة عند استعماله مغبة الوقوع فى مزالق الهوى والتعسف، لأن القياس غير المنضبط يبدو افتئاتاً على الشريعة وتجاوزاً على اختصاصها بوضع الأحكام.

وقد احتل القياس المرتبة الرابعة فى سلم المصادر الشرعية لدى جمهور الفقهاء المسلمين واستدلوا على حجيته بأمور عديدة منها:

١- عدة آيات قرآنية كريمة تتضمن تشبيه الشئ بنظيره، وإقرار التسوية بينهما فى الحكم الشرعى. منها قوله تعالى **"قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ"**[2]جواباً على القول **"مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ"**[3]. فقاس النشأة الثانية على النشأة الأولى فى الإمكان، وجعل الأولى أصلاً والثانية فرعاً، وقوله تعالى **"فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ"**[4] لأن الاعتبار بسنة من سنن الله فى خلقه هو المناط، يفهم منه أن حكم النظير يطبق على نظيره. وهذا هو القياس[5].

---

١ – أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص ٥٦ وما بعدها .

– الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ وما بعدها .

٢سورة يّس: من الآية٧٩

٣سورة يّس: من الآية٧٨

٤ سورة الحشر: من الآية٢

٥ العلامة / الآمدى : الأحكام ، **المرجع السابق** ، ص ١١٢ .

٢- الحديث المشهور عن معاذ بن جبل. وخلاصته أن الرسول، صلى الله عليه وسلم ، حين أراد أن يبعث به قاضيا إلى اليمن سأله: كيف تقضى؟ فأجابه: أقضى بكتاب الله. فإن لم أجد فبسنة رسوله. فإن لم أجد أجتهد رأيى، فأقره الرسول صلى الله عليه وسلم، والقياس نوع من الاجتهاد[1].

٣- أن الله تعالى إنما شرع الأحكام لمصالح الناس. فإذا تساوت مسألة لا نص عليها مع أخرى نص عليها فى علة الحكم، قضت الحكمة والعدالة أن يطبق على المسألة الأولى حكم المسألة الأخرى تحقيقا للمصلحة التى هى غاية الشارع مما قرره من تشريع. ثم إن النصوص محدودة، والوقائع والأقضية تتنوع بحكم التطور وتتعدد، ولا يمكن أن تكون النصوص المحدودة هى المصدر التشريعى الوحيد للوقائع والأقضية غير المحدودة.

وإذا كان هذا هو رأى الجمهور، فإن أصحاب المذهب الظاهرى، ومن أقطابه داود الظاهرى والإمام بن حزم رفضوا اعتبار القياس دليلاً من أدلة الأحكام الشرعية. ونسب هذا الرأى أيضاً إلى علماء الشيعة الإمامية. وفى ذلك يقول العلامة الحلى من الإمامية: "اختلف الناس فى حجية القياس والذى نذهب إليه أنه ليس بحجة. وإلحاق المسكوت عنه بالمنطوق ليس من باب القياس. والحكم المنصوص على علته متعد إلى كل ما علم ثبوت تلك العلة فيه بالنص لا بالقياس" .

ونحن نرى أن حقيقة هذا الرأى اعتباره القياس وسيلة من وسائل تفسير النص وليس مصدراً للحكم الشرعى. وفى ذلك حجة تضاف إلى ما سقناه سلفاً على تأكيد الرأى الذى نرجحه من تعدد أنواع القياس واختلاف طبيعة كل نوع. ومن ثم اختلاف الأحكام والآثار القانونية المترتبة على كل منها.

- **خلاصة رأى الفقه الإمامى[2]:**

١- القياس ليس دليلاً كاشفاً عن حكم الله، ولا أصلاً منتجاً لوظيفة عملية، وإنما يدخل فى إطار عملية الاستفادة من الدليل لا نفس الدليل .

٢- لما كان القياس نفس العملية الاجتهادية، فلا ينبغى أن يكون موضع نزاع. وإنما النزاع يكون، حسب رأى الفقه الإمامى، هو فى مستند القياس، ومستنده

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١١٥ .

[2] الأستاذ / مصطفى جمال الدين : القياس حقيقته وحجيته ، **رسالة ماجستير** ، ص ٤١٨ وما بعدها .

هو العلة التى أناط الشارع بها حكمه فى الواقعة، فمتى علم المجتهد علة حكم الله فى الواقعة، فلا يمكن أن يتخلف عنها معلولة، وهو إدراك حكم الله فى كل واقعة وجدت فيها تلك العلة، لعدم جواز تخلف المعلول عن علته التامة.

٣- أن المهم هو طرق إدراك العلة، فإن كان طريقها العلم اليقينى فهو حجة ذاتية ليست بحاجة إلى اعتبارها من قبل الشارع. أما إذا كان طريقها الظن، فالظن منهى عنه إلا ما أخرجه الدليل .

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى صحة ما ذهب إليه فقهاء الشيعة الإمامية من أن القياس هو أحد طرق الاجتهاد، وأنه من فعل المجتهد. ولكنه يقرر أن ذلك لا يمنع من اعتباره كذلك دليلاً شرعياً وإن كان يجد أساسه فى دليل آخر هو حكم الأصل[١].

ونحن نرى أن هذا السجال الفقهى يقف حجة، بالإضافة لكل ما سبق، على وجود نوعين من القياس أحدهما يعد وسيلة من وسائل التفسير ولا يمكن اعتباره قط من المصادر وذلك كما يقول فقهاء الشيعة الإمامية. والنوع الثانى من القياس يعتبر بل مراء من مصادر الأدلة الشرعية ولا يجوز نعته بأنه مجرد وسيلة تفسير .

وذلك الذى نقول به يظهر بجلاء عند استعراضنا للأدلة الشرعية التى ساقها فقهاء الأصول عند حديثهم عن حجية القياس. إذ سيبدو جلياً من عرضنا لهذه الأدلة، ومنعاً من التضارب بينها، وتنزيهاً للشرع الحنيف من قالة التضارب، أن القياس على نوعين . قياس يقف عند كونه وسيلة تفسير وقياس يرقى إلى مرتبة المصدر للأحكام الشرعية. وقد وفقنى الله تعالى إلى الوقوف على المعيار الذى يمكن به التفرقة بين نوعى القياس فى مسائل التجريم ويبقى الباب مفتوحاً لمن هم أكثر علماً وباعاً فى هذا المضمار لمحاولة إيجاد معيار عام للتفرقة بين نوعى القياس فى سائر فروع الفقه الشرعى والقانونى. وسأجمل عرض الأدلة بما يناسب مرادى لفائدة هذه الدراسة :

- **الأدلــــة[٢] :**
- **الشرعية وما تنم عنه :**

---

[١] د/ محمد شريف أحمد : **المرجع السابق** ، ص ١٩٩.

[٢] – فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **أصول الفقه** ، دار التأليف ، مكتبة كلية الشريعة جامعة الأزهر .

– فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

استدل الجمهور: بأن الأدلة المثبتة لحجية القياس من الكتاب والسنة مثل قوله: فاعتبروا يا أولى الأبصار، وقصة معاذ وأبى موسى وغيرهما من الأدلة المتقدمة لا تقييد فيها بحكم دون حكم بل هى مطلقة. والإطلاق يجوز العمل بالقياس فى كل محل وجد بينه وبين المحل الآخر جامع معتبر سواء كان حداً أو كفارة أو غيرهما.

فالقول بأنه حجة فى غيرهما وليس بحجة فيهما، إما تقييد للمطلق بلا دليل أو تخصيص للعام بلا مخصص، وكل منهما غير مقبول .

وقد استدل الحنفية فى مقابلة الرأى السابق، بأن القياس إنما يفيد الظن، والظن سبيل الخطأ فهو شبهة فلا يصح أن يثبت به الحد لأن الحدود ترفع بالشبهات لقوله عليه السلام "ادرءوا الحدود بالشبهات". وما يرفع بالشبهة، فلا يعقل أن يثبت بها. والكفارات فيها معنى العقوبة فهى تشبه الحد من هذه الجهة، فلا تثبت بالقياس كذلك لوجود الشبهة فيه.

وأجيب عن ذلك من وجهين :

- **الوجه الأول :**

أن القياس قد يكون قطعياً، فلا يكون شبهة، وفى هذه الحالة لا يوجد ما يمنع من ثبوت الحد به .

- **الوجه الثانى :**

أن الدليل منقول بخبر الواحد، فإنه مفيد للظن، والظن شبهة كما تقولون. ومقتضى هذا أن الحدود لا تثبت بخبر الواحد، وليس هذا مذهباً لكم.

وإذا أردنا الجمع بين وجهى الاستدلال لقلنا أنه عندما يكون الدليل المستمد من القياس قطعى نكون فى إطار القياس كمصدر من مصادر القاعدة التشريعية وإذا كان ظنياً فإننا نكون بصدد القياس كوسيلة من وسائل التفسير والله اعلم[1] .

- **حجية القياس فى العقليات[2] :**

جمهور المتكلمين على أن القياس يجرى فى العقليات، ويكون حجة فيها متى تحقق فيه جامع عقلى، ويعرف عندهم بإلحاق الغائب بالشاهد، واختار البيضاوى ذلك لأن الأدلة المثبتة للحجية لم تفرق بين العقليات والشرعيات، فكان القياس

---

[1] انظر عند كلامنا فى الفارق بين القياس القطعى والظنى والآراء المتعددة فى المسألة .

[2] – فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٦٤.

– فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٨٦.

حجة فى الجميع عملاً بعموم الأدلة أو بإطلاقها. والجامع فى القياس عند إجرائه فى العقليات لا يخرج عن واحد من أمور أربعة:

١- **العلة :** مثل أن يقال العالمية فى المخلوقات علتها العلم، فهى فى الغائب كذلك، ومقتضى هذا القياس ثبوت العلم لله تعالى لاتصافه بالعالمية.

٢- **الحد :** مثل أن يقال العالم الشاهد هو من ثبت له العلم ، فالعالم الغائب هو من ثبت له العلم كذلك... ومقتضى هذا القياس كالأول، وهو ثبوت العلم لله تعالى.

٣- **الدليل :** مثل أن يقال إتقان الشئ والتخصيص فيه يدلان فى الشاهد على العلم والإرادة، فهما فى الغائب يدلان عليهما كذلك . ومقتضى هذا القياس ثبوت صفة العلم والإرادة لله تعالى .

٤- **الشرط :** مثل أن يقال العلم والإرادة فى الحاضر شرطهما الحياة فهما فى الغائب كذلك. ومقتضى هذا القياس ثبوت صفة الحياة لله جل شأنه.

- **حجية القياس فى اللغة :**

قال الإمام أحمد ابن حنبل رضى الله عنه "جمهور أهل الأدب على أن القياس يجرى فى اللغات. ووافق أهل الأدب فى ذلك بعض الأصوليين كالإمام الرازى والبيضاوى. وخالف فى ذلك جمهور الشافعية والحنفية منهم الآمدى وابن الحاجب. فقالوا لا تثبت اللغة بالقياس ولا يكون حجة فيها[١].

ومقصدى من هذا الإطناب كما قدمت تعميق النظرة الحالية فى مجال الدراسة إلى القياس وبيان ما سبق علماء الشريعة الغراء فى التنبه إلى أنواعه المختلفة وترتيبهم الآثار على ذلك الاختلاف. وغايتى من ذلك التمهيد لعرض المعيار المقترح للتفرقة بين نوعى القياس كما أسلفت.

- **مردود الاختلافات الفقهية السابقة على القياس فى المجال الجنائى:**

كما أوضحنا فإن جمهور الأصوليين على أن القياس يجرى فى الحدود والكفارات والرخص والمقدرات، كما يجرى فى غيرها من الأحكام الشرعية. واشتهر عن الحنفية الخلاف فى ذلك، فقالوا إن الحدود والكفارات والرخص

---

[١] الأستاذ / مصطفى جمال الدين : **المرجع السابق** ، ص ٤١٨ وما بعدها .

والمقدرات لا تثبت بالقياس ولا يكون القياس حجة فيها[1]. ومن المناسب ذكر بعض الأمثلة لإيضاح الفكرة فى هذا الصدد:

- **مثال القياس فى الحدود :**

قياس الفقهاء النباش على السارق بجامع أخذ المال خفية فى كل. فيقطع النباش كما يقطع السارق. وقياس الفقهاء اللائط على الزانى بجامع الإيلاج فى فرج محرم مشتهى، فيحد اللائط كما يحد الزانى.

- **مثال القياس فى الكفارات :**

قياس الفقهاء الأكل فى نهار رمضان عمداً على الجماع بجامع انتهاك حرمة الشهر فى كل. فتثبت الكفارة فى الأكل كما تثبت فى الجماع . وقياس القتل العمد على القتل الخطأ بجامع إزهاق الروح فى كل لتثبت الكفارة فى القتل العمد كما تثبت فى القتل الخطأ[2].

وسوف نعود إلى تحليل هذه الأمثلة وغيرها عند الحديث عن صلاحية المعيار المقترح للإعمال فى محيط الشريعة الغراء قرب نهاية الباب.

المطلب الثالث

تقسيمات القياس عند فقهاء الشريعة الغراء[3]

ينقسم القياس إلى قياس قطعى وقياس ظنى:

- **القياس القطعى :**

ما قطع فيه بعلة الحكم فى الأصل وجودها فى الفرع، مثل قياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء، فإننا نقطع بأن علة التحريم فى التأفيف هى الإيذاء، ونقطع بأن الإيذاء موجود فى الضرب .

---

[1] – فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص٩٨.

– فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٩٠.

[2] – الأستاذ / مصطفى جمال الدين : **المرجع السابق** ، ص ٤٢٥ .

[3] – فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٧٠.

– فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٩٢.

- **القياس الظنى :**

هو ما لم يقطع فيه بالأمرين معاً، بأن قطع فيه بأحدهما دون الآخر، أو كان كل منهما مظنوناً، مثل قياس السفر جل على البر بجامع الطعم فى ليثبت فيه حرمة التفاضل كما ثبتت فى البر، فالعلة فى البر لم يقطع بأنها الطعم بل قيل هى الكيل، وقيل هى الافتيات، ومع هذا الاختلاف لا يمكن القطع بالعلة، فكانت مظنونة فى الأصل، وهى كذلك مظنونة فى الفرع.

ومما تقدم يعلم أن منشأ القطيعة والظنية فى القياس ليس هو حكم الأصل، بل منشأ ذلك العلة فى الأصل والفرع، من حيث القطع بها فيهما أو عدم القطع بذلك، وهذا هو رأى الإسنوى، وهو المختار.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن منشأ القطعية والظنية هو القطع بحكم الأصل أو الظن به وهو خطأ لأمرين:

أولهما : أن القياس هو المساواة، والمساواة ترجع إلى العلة، ويتبعها المساواة فى الحكم، فالمنظور إليه ابتداءً فى القياس هو العلة، ولا تلازم بين القطع بالتسوية والقطع بالحكم، فإنا نقطع بأن الخالة مساوية للخال فى الإرث، ومع ذلك، فالإرث مظنون لأن دليله ظنى، وهو قوله عليه السلام: "الخال وارث من لا وارث له".

وثانيهما : أن الإمام الرازى فى كتابه المحصول مثل للقياس القطعى بقياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء، مع أن الحكم هو تحريم التأفيف ليس قطعياً بل ظنياً عند الإمام؛ لأن دلالة الألفاظ عنده ظنية: وهذا يقضى بأن منشأ القطعية عنده العلة لا الحكم، فوجب أن يكون البيضاوى موافقاً لأصله فى ذلك[1].

وينقسم القياس ثانياً إلى قياس أولى، وقياس أدنى، وقياس مساو:

- **القياس الأولى :**

هو ما كان الفرع فيه أولى بالحكم من الأصل لقوة العلة فيه، مثل قياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء فإن الضرب أولى بالتحريم من التأفيف لشدة الإيذاء فيه .

- **القياس المساوى :**

---

[1] راجع بالتفصيل :

- فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٧٢.

- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٩٩.

هو ما كان الفرع فيه مساوياً للأصل فى الحكم من غير ترجيح عليه، مثل قياس الأمة على العبد فى الرق، ليثبت لها ما ثبت للعبد من تقويم نصيب أحد الشريكين على الشريك الآخر إذا أعتق أحدهما نصيبه، ولم يرض الآخر بعتق نصيبه.

ومثل قياس إحراق مال اليتيم على أكله بجامع التلف فى كل ليثبت التحريم فى الإحراق ، كما ثبت فى الأكل .

- **القياس الأدنى :**

هو ما كان الفرع فيه أقل ارتباطاً بالحكم من الأصل، مثل قياس التفاح على البر بجامع الطعم فى كل منهما، ليثبت فيه حرمة التفاضل كما ثبت فى البر. ووجه الدونية أن التحريم ثابت فى البر سواء قلنا إن العلة فى التحريم هى الطعم أو الكيل أو الاقتيات والادخار، لوجود هذه الأوصاف كلها فيه بخلاف الفرع وهو التفاح، فإن الحرمة إنما تثبت فيه بالقياس على البر إذا كانت العلة هى الطعم فقط لوجود هذا الوصف فيه، ولا تثبت إذا كانت العلة هى الكيل أو الاقتيات لهدم وجود هذين الوصفين فيه، فالحكم فى الأصل متمكن منه لوجود علته على كل الاحتمالات بخلاف الحكم فى الفرع، فإنه ليس متمكناً منه لوجود العلة على بعض الاحتمالات دون البعض الآخر، فكان القياس أدون لهذا الاعتبار .

وينقسم القياس ثالثاً إلى قياس جلى أو فى معنى الأصل، وإلى قياس خفى[1].

- **القياس الجلى :**

هو ما قطع فيه بنفى تأثير الفارق بين الأصل والفرع مثل قياس الأمة على العبد قياس الأمة على العبد، فإن الفارق بينهما هى الذكورة والأنوثة، ونحن نقطع بأن الشارع لم يفرق فى أحكام العتق بين الذكر والأنثى. ومثل قياس الضرب على التأفيف، فالقياس الجلى يشمل القياس المساوى، والقياس الأولوى.

- **القياس الخفى :**

هو ما لم يقطع فيه بنفى تأثير الفارق بين الأصل والفرع، مثل قياس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد بجامع القتل العمد العدوان ليثبت وجوب القصاص فى المثقل، كما وجب فى المحدد، فإن الفارق بينهما، وهو كون أحدهما مثقلاً، والآخر محدداً لم يقطع بإلغاء تأثيره من الشارع، بل يجوز أن يكون الفارق مؤثراً، ولذلك قال أبو حنيفة، رضى الله عنه، "لا يجب القصاص فى القتل بالمثقل".

---

[1] – فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٧٥.

– فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٢٠١.

والقياس الخفى لا يشمل إلا نوعاً واحداً هو قياس الأدنى.

وينقسم القياس رابعاً إلى قياس علة وقياس دلالة .

- **قياس العلة :**

هو ما جمع فيه بين الأصل والفرع بنفس العلة، مثل قياس النبيذ على الخمر فى الإسكار، وقياس الأمة على العبد بجامع الرق، ويأس القتل بالمثقل على القتل العمد العدوان.

- **قياس الدلالة :**

هو ما جمع فيه بين الأصل والفرع يلازم العلة كقياس النبيذ على الخمر بواسطة الرائحة المشتدة، ومثل قياس الإمام الشافعى، رضى الله عنه، المسروق على المغصوب بجامع أن كلا منهما يرد إذا كان قائماً، ولم يهلك لينبت فى المسروق الضمان عند الهلاك، وإن قطعت فيه اليد، كما ثبت الضمان فى المغصوب عند هلاكه .

فالرد عند عدم الهلاك ليس هو العلة فى الضمان، وإنما العلة التعدى على مال الغير، ولكن الرد لازم من لوازم التعدى، فالجمع بهذا اللازم بين المسروق والمغصوب يعتبر من قبيل الدلالة[1].

وفى نهاية هذا الجزء من الدراسة ألمح إلى أن الأسلوب الذى نتبعه فى تفصيل بعض المسائل والإعراض عن بعض، إنما كانت غايتى منه أن أعرض لموضوع القياس بصورة جديدة وغير مألوفة فى دراسات القانون الجنائى ولكنها تحقق لى ما هدفت إليه. وقد ذهبت من ذلك العرض إبراز نقاط الاتفاق واوجه التشابه بين الفكر القانونى والشرعى فى العديد من المسائل التى طرحتها.

ومن ناحية أخرى قد يسهم هذا العرض العلمى إلى الدفع بموضوع القياس لياخذ موضعه المتناسب مع أهميته فى الدارسات الجنائية، والتى غالباً ما تمر عليه بذكر من قبيل نافلة القول، على أساس، تبين لنا خطؤه، مؤداه حظر إعمال القياس فى المسائل الجنائية .

---

[1] - فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٧٦.

- فضيلة الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٣٠٢.

المبحث الثالث

المبادئ العامة فى القانون كوسيلة من وسائل التفسير

يتناول هذا المبحث المبادئ العامة فى القانون كوسيلة من وسائل التفسير من خلال عرض أربعة مطالب. وقد خصصنا المطلب الأول لتعريف المبادئ العامة فى القانون، وذلك بالحديث عن أولاً: المبادئ القانونية العامة والدور الخلاق للقاضى، وثانياً: دور المبادئ القانونية العامة كمحدد لسلطة القاضى عند الاجتهاد .

وتكلمنا فى المطلب الثانى عن عوامل ظهور المبادئ القانونية العامة. وفى المطلب الثالث تحدثنا عن مشكلة تحديد المبادئ القانونية العامة، أما المطلب الختامى فنعرض فيه رأينا المقترح حول أمثلة للمبادئ العامة فى القانون، واستعمالها فى التفسير فى مجال القانون الجنائى. مؤكدين على أهمية الفكرة فى مجال تطبيق الشريعة الغراء سواء فى ظل النظام القانونى والقضائى الحالى أو عند التطبيق الكامل للشرع الحنيف فى المجال القانونى.

المطلب الأول

تعريف المبادئ العامة فى القانون

يذهب جانب من الفقه إلى أن المبادئ العامة فى القانون تعتبر إلى حد كبير طريق من طرق التفسير المنطقى، ويمكن الاستعانة بها، ونحن نؤيد هذا الرأى، وذلك لأن المبادئ العامة كما أسلفنا تتعلق بالنظام القانونى وفلسفته والضمير الجماعى للأمة، وذلك ما جعلها ذات طبيعة خاصة بين كونها وسيلة للتفسير من بين وسائل المنهج المنطقى، وكونها أداة لسد النقص فى التشريع[1].

والمعروف أن هذه المبادئ تقوم بدور هام فى الحياة القانونية، فهى بمثابة المعالم التى تهدى إلى مواقع القواعد القانونية وتفسيرها، وتساعد على تنظيمها وفق أفكار توجيهيه معينة .

ويمكن تعريف هذه المبادئ بأنها مجموعة من الأفكار تخدم النظام القانونى من حيث تطبيقه وتنميته، ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها، إلا أنه يمكن تحديدها تحديداً يصلح للأعمال فى مجال التفسير وخاصة القضائى[2].

ويذكر جانب من الفقه، أن هذه المبادئ كثيرة بعضها مكتوب وبعضها غير مكتوب، ومنها ما هو ذو طابع سياسى مثاله مبدأ السيادة للشعب، ومبدأ المساواة أمام القانون، ومنها ما له طابع اقتصادى مثل مبدأ أن الملكية الخاصة مصونة، ومنها ما هو ذو طابع قانونى أو اجتماعى مثل مبدأ القوانين لا تسرى أحكامها إلا بالنسبة للمستقبل، وأنها ليست ذات أثر رجعى، ومبدأ أنه لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهله بالقانون، ومبدأ أن الغلط الشائع يجرى مجرى القانون، ومن المبادئ

ذات الطابع الأخلاقى مبدأ شرعى قوامه أن لا تركة إلا بعد سداد الديون[3].

---

[1] انظر فى هذا الموضوع بصفة خاصة :

- Boulanger(J)principes generaux du drait positif etudes ripert, ١٩٥٠, p.٥١
- Car bonnier: drait civil, I, ٢٩, p.١٠١
- Ferrara: trattato, di diritto civile italiano, v.l, p.٢٢٨
- بيسكاتورى : بند ٧١ ، ص ١١٩-١٢١ .
- جالوتى : **المرجع السابق** ، ص ٧٨ و ٧٩ . مشار إلى هذه المراجع فى مؤلف د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٤٩٣ .

[2] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٤٩٥ و٤٩٦ .

[3] بيسكاتورى ، بند ٧١ ، وذكره د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٤٩٣ .

أولاً : المبادئ القانونية العامة والدور الخلاق للقاضى :

إن فكرة المبادئ القانونية العامة قد استقر بنيانها بشكل كبير فى القانون الإدارى فقهاً وقضاءً فى مصر، وكذلك فى فرنسا. وعلى خلاف ذلك نجد الفقه والقضاء المدنى والجنائى يكاد يكتفى بإشارات وجيزة عن وجود تلك المبادئ العامة على غرار ما سبق ذكره من أمثلة. ولعل السر فى ذلك طبيعة القانون الإدارى، وكون معظم قواعده من صنع القضاء وغير مكتوبة .

إلا أنه من المؤكد وجود ثمة ترابط وتواصل بين شتى فروع القانون المشكل لنظام قانونى ما. ومن ثم نجد تشابهاً بين تلك المبادئ العامة فى فروع القانون المختلفة، وأضرب مثالاً على فكرتى هذه بمبدأ إجرائى أرساه القضاء الإدارى، إلا أنه يعد من المبادئ القانونية العامة الواجب إعمالها فى كل فروع القانونى .هذا المبدأ هو حيدة قاضى الحكم[1].

ولذلك فقد رحب الفقه أشد الترحيب بالتقرير السديد للمحكمة الإدارية العليا فى حكمها الذى أوجبت فيه، بدون نص، وجوب كفالة الحيدة فى القاضى، ولو كان قاضياً من قبل جهة الإدارة نفسها. فمثل هذا الاتجاه الطيب الذى يحتضن حق الدفاع كمبدأ من المبادئ القانونية العامة يعلى من قيمة الحرية على مقتضيات النظام . والمحكمة الإدارية العليا تقول فى ذلك: فثمة قاعدة مستقرة فى الضمير تمليها العدالة المثلى، ولا تحتاج إلى نص يقررها، وهى أن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه فى المتهم، بما يكشف لهذا الأخير مصيره مقدماً بين يديه، فيزعزع ثقته فيه أو يقضى على اطمئنانه إليه، ومتى قام وجه عدم الصلاحية لنظر الدعوى امتنع على القاضى الاشتراك فى الحكم.

ثانياً : دور المبادئ القانونية العامة كمحدد لسلطة القاضى عند الاجتهاد :

تقوم المبادئ العامة القانونية بدور يختلف من فرع قانونى إلى فرع، ومن نظام قانونى إلى آخر. فقد بدى لنا من تتبعها فى الفقه والقضاء الإدارى أنها تمثل الحدود القصوى التى يجب أن يقف عندها القاضى عند ممارسته لوظيفته

---

[1] بتى : النظرية العامة للتفسير ، ميلانو ١٩٥٥ . مشار إليه بمؤلف د / محمد الشريف : **المرجع السابق**، ص٢٥٥.

فى سد النقص التشريعى، أو ما يطلق عليه جانب من الفقه بسلطة القاضى فى الابتداع .

وقد سار فقهاء القانون الخاص على نهج مقارب لما سار عليه فقهاء القانون الإدارى، وأما الفقه والقضاء الجنائى وبتأثير مبدأ الشرعية بمفهومه التقليدى[1]، فقد ظلت المبادئ العامة القانونية تبحث فى إطار مناهج التفسير باعتبارها أحد وسائل المنهج المنطقى فى التفسير[2].

غير أن الفقه والقضاء الجنائى الإنجليزى قد توسعا فى استخدام فكرة الشريعة العامة، والتى نعتقد أنها مرادف لفكرة المبادئ القانونية العامة بشكل يفوق استخدامها كوسيلة من وسائل المنهج المنطقى فى التفسير.

وبذلك يدخل فى اعتقادنا فى إطار سد القاضى للنقص فى التشريع فى محيط القانون الجنائى، وهو ما نراه سديدا على ما سيأتى بيانه فى الموضع المناسب من هذا البحث. غير أن هذا المذهب للقضاء الإنجليزى محل نقد الفقه الجنائى المصرى[3].

وقد اختلفت الآراء فى طبيعة القاعدة القانونية التى يبتدعها القاضى عند عدم وجود نص يحكم النزاع، فذهب رأى إلى أن القاضى يقوم بعمل تشريعى فى هذا المجال بمقولة "إن كلا من المشرع والقاضى يشرع فى حدود اختصاصه، وليس من شك أن المجال أمام القاضى أضيق، نظراً لأنه لا يشرع إلا بين الثغرات. على أنه فى حدود الثغرات المفتوحة، وفى حدود السوابق والتقاليد تتحرك إرادة القاضى بحرية تطبع تصرفها بالإبداع ، إذ أن القانون الضمنى لا يصدر فى هذه الحالة إنما يصنع"[4].

غير أن رأى "جينى" المعارض أدق إذ يقول: "... إننى لا أتردد فى حالة سكوت المصادر الشكلية أو عدم كفايتها ، فى أن أشير إلى الخط العام الذى يجب أن يسلكه القاضى. إنه يجب أن يصوغ حكمه القانونى بالخضوع لنفس الأغراض التى تكون لمشرع يعهد إليه بأن ينظم المسألة. ومع ذلك، فإن هناك تفرقه هامة تفصل بين النشاطين القضائى والتشريعى.

---

[1] د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٥٦ وما بعدها .

[2] د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٤٤ وما بعدها .

[3] د/ مأمون سلامة : حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص٤٦ ، ٤٧ .

[4] – نوفولون : **المرجع السابق** ، ص ١١٤. مشار إليه بمؤلف د/ مأمون سلامة : حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص ٥٠ .

ففى حين أن المشرع لا تعوقه أية قيود فى تقديره لموقف عام، حيث ينظمه بصورة مجردة، يجب على القاضى، وهو يفصل فى حالات محددة، أن يتفادى أخطار التصرف الاستبدادى، وأن يخلص نفسه، وبقدر الإمكان، من أى تأثير شخصى أو من الموقف الخاص الذى يطرح عليه، وأن يبنى حكمه القضائى على عناصر موضوعية"[1].

فالصحيح إذا أن القاضى وهو يبتدع القاعدة القانونية، لا يقوم بعمل تشريعى، بل هو يؤدى عملاً قضائياً تقيده ضوابط محددة. فما هى هذه الضوابط ؟ لقد قيل: "إن تحديد المدى الذى لا يجوز للقاضى أن يتعداه، فى سد الثغرات الموجودة فى القانون، لا يمكن أن يرسم على الورق! بل هو أمر يجب أن يتعلمه بنفسه كلما اكتسب صفة المران والخبرة، وهذه صفة تأتى فى أعقاب سنين تمضى فى ممارسة فن ما.

على أن نشاط القاضى فى سد الثغرات القانونية تحده قيود يصعب تعريفها، إذ أنه أياً كان مدى غموضها إلا أن كل قاضى وفقيه يستطيع أن يحسها. فهذه القيود قد أرستها تقاليد القرون السالفة، جرياً على سنن قضاة آخرين من الأسلاف والزملاء، والتقدير الجماعى للمهنة، وواجب الانتظام فى الروح السائدة فى القانون".

ويقول فى ذلك **Charmont** فى مؤلفه "عن بعث القانون الطبيعى": "إن القاضى لا يستطيع أن يتدخل إلا لكى يكمل المصادر الشكلية، ولكنه لا يملك حتى فى هذه الحالة السلطة كاملة فى أن يخلق قواعد قانونية. إذ هو لا يستطيع أن يعوق تنفيذ المبادئ العامة المقررة صراحة أو ضمناً فى تنظيمنا القضائى، أو أن يضع تنظيماً مفصلاً لممارسة حقوق معينة، وذلك عن طريق فرض مواعيد أو إجراءات أو قواعد نشر ... .

والواقع أن القاضى إذ يبتدع فهو إما أن يستند فى تصرفه إلى مبدأ من المبادئ القانونية التى يعتبرها مسلمة، والتى قد تكون إعمالاً منه للقياس الجلى أو غيره من أنواع القياس، وإما أن يستخلص حكمه من مجموعة النصوص القانونية من مصدر واحد أو أكثر باستعمال أساليب العامل التنسيقى. وربما استعان فى ضبط هذا الحكم بالمبادئ القانونية العامة[2].

---

[1] – د/ مأمون سلامة ، حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص٤٦ ، ٤٧ .

– د/ محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص١٩١ .

[2] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٥٥ . والمراجع وآراء الفقهاء الأجنبية المذكورة فى المتن مشار إليها فيه .

ثالثاً : الصلة بين المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والقانون الطبيعى:

وبمعنى آخر يمكننا القول بأن توجيه المشرع القاضى إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تحيل القاضى إلى حكم معين، وإنما هى تلزمه فحسب بالفصل فى الأقضية المعروضة عليه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[1].

وبناءً على ما تقدم ظهرت الحاجة إلى وضع ضوابط موضوعية لقواعد القانون الطبيعى والعدالة، أو بمعنى آخر إيجاد تعبير موضوعى عنها. ويرى البعض أن القانون المدنى الإيطالى قد أشار إليها فى المادة ٢/١٢ سالفة البيان، وتسمى بالمبادئ العامة للقانون فى الدولة، ويقصد بها تلك المبادئ التى تعبر عن الفلسفة العامة السائدة فى مجتمع معين، والتى تؤدى إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التى تنظم سلوك الأشخاص فى هذا المجتمع[2].

وهذه المبادئ العامة يمكن تقسيمها إلى مجموعتين: إحداهما تميز كل نظام قانونى، والثانية يمكن أن تشترك فى الأخذ بها عدة أنظمة قانونية.

ومن أمثلة المبادئ العامة المميزة للنظام القانونى المصرى والأنظمة العربية بصفة عامة فى مصر النظرة العامة للوجود السائدة، وهى تلك النظرة التى تؤمن بوجود الله تعالى، وبالعدل الإلهى المطلق، وما يستتبعه ذلك من سمو القواعد العامة المجمع عليها من الشريعة الغراء، وتلك النظرة أيضاً تؤمن بقوة العقل الإنسانى، وقدرته على اكتشاف المبادئ السامية للأخلاق ، وهذا ما ذهبت إليه بعض أحكام المحكمة العليا[3].

---

١ - د / عبد المنعم البدراوى : **المرجع السابق** ، ص٢٤٨.

- د / وفيق فرج : **المرجع السابق** ، ص٢٧٥ .
- د / جميل الشرقاوى : **المرجع السابق** ، ص١٥١ .
- د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص١١٨ .
- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٥٨ .

٢ - د / حسام الأهوانى : **المرجع السابق** ، ص١٩٥ وما بعدها .

- د / عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٤٩٣ وما بعدها .

٣ - نقض مدنى ١٩٥٠/٥/١٨ المجموعة س١ ص٥١٦ .

- نقض مدنى ١٩٥٤/٢/١١ س٥ ص٥٠٧ .

والنظرة العامة للوجود الغالب فى فرنسا، والتى تستقى منها بعض المبادئ العامة المميزة للنظام القانونى الفرنسى، هى تلك النظرة الغربية القائمة على أساس التقاليد اليونانية الرومانية المسيحية.

وأما المجموعة المشتركة من تلك المبادئ، والتى تتفق فيها النظرة السائدة فى مصر مع غيرها من الدول المتمدينة فى اشتراكهم فى فكرة الحضارة، وهى تقوم على احترام العقل الإنسانى، واحترام كرامة الإنسان وآدميته.

وهذه المبادئ العامة من الصعب تعريفها، وإن كان من السهل التعرف عليها عند مخالفتها، ويجمع الفقهاء على أن أقوى تعبير عن هذه المبادئ هى تلك التى أمكن للإنسان استخلاصها من القانون الطبيعى والتى جاءت فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى الأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠[١].

وبمعنى آخر يمكننا القول بأن توجيه المشرع القاضى إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تحيل القاضى إلى حكم معين، وإنما هى تلزمه فحسب بالفصل فى الأقضية المعروضة عليه، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. وبناءً على ما تقدم، ظهرت الحاجة إلى وضع ضوابط موضوعية لقواعد القانون الطبيعى والعدالة، أو بمعنى آخر إيجاد تعبير موضوعى عنها[٢].

من هذا العرض السابق يبين لنا إلى أى حد يظهر دور القاضى الخلاق فى استنباط القواعد القانونية التى يقوم من خلالها بحل المنازعات التى تعرض عليه، والتى لا يكون هناك نص بشأنها، ومن هنا كان وجود محكمة النقض على رأس هذا القضاء ضابطا لما تستلهمه المحاكم من المصادر الأخرى للقانون نظراً لعدم تحديد هذه المصادر، ولها نفس الدور فى نطاق تفسير القانون، وتطبيقه على ما سنعرض له لاحقاً.

وإن كان يهمنا القول وهو قول لا يجد له سنداً من الواقع على نحو ما عرضنا، فإن القاضى باستنباطه لهذه المبادئ يقوم بعمل خلاق يوازى تماماً ما يقوم به المشرع عند استنباطه للقواعد التى يضمنها تشريعه، ولم يقل أحد أن هذه المبادئ العامة التى يدخلها المشرع، كتشريع نافذ مصدرها مبادئ القانون الطبيعى دون المشرع .

---

١ - د / عبد المنعم البدراوى : **المرجع السابق** ، ص٢٤٨.

- د / توفيق فرج : **المرجع السابق** ، ص٢٧٥ .

٢ - د / جميل الشرقاوى : **المرجع السابق** ، ص١٥١ .

- د / عبد الودود يحى : **المرجع السابق** ، ص١١٨ .

- د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٥٨ .

وقد دفع هذا الرأى إلى ما ذهبت إليه تلك الفكرة المستمدة من الفقه والقضاء الفرنسى، ومؤداها أن القاضى إنما يطبق التشريع، ولا يخلقه متأثرة بالأساس التاريخى عن سيادة البرلمان، كمعبر لسيادة الأمة، ولمبدأ الفصل الجامد بين السلطات الذى لا يستطيع كثير من الفقهاء فى مصر الخروج عنه.

ويرى جانب من الفقه المصرى، بحق ، أن دور القاضى هو دور خلاق يوازى تماما دور المشرع، ولكن نظرا لطبيعة دور القاضى، والتى تختلف عن عمل المشرع كان الخلاف حول خصائص القاعدة التى يستنبطها القاضى، وتلك التى يستنبطها المشرع، فالأولى: تتميز بالخصوصية بأنها تتعلق بنزاع معين، وهى لذلك غير عامة، وغير مجردة، وإن كانت من الحكمة أن تطبق بانتظام واطراد .

رابعاً : رأينا المقترح لجعل المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية وعاء جامع: (المبادئ العامة التى تسمو وتظلل النظام القانونى بأسره):

تعتبر " الشريعة الإسلامية "على رأس" المبادئ العامة للقانون" التى تسمو على النصوص التشريعية، ولا يجوز تفسير تلك النصوص إلا فى إطارها ودون الخروج عليها. من ذلك ما قررته المحكمة العليا فى حكمها السابق الإشارة إليه من أنه "إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً. وقد استمد منها قانون المواريث أحكامه ، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان".

ويتجلى فى هذا الحكم المعنى الذى نلمح إليه فى قول المحكمة " فإنها - أحكام الشريعة الإسلامية - تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان".

- **تعليقنا على هذا الحكم :**

ومن ملامح الرشاد والسداد فى هذا القضاء المحكم لمحكمتنا الموقرة أنها قبل وصفها لأحكام الشريعة الإسلامية بهذه الأوصاف القانونية بالغة الدقة قد مهدت لذاتها بتبيان إلمامها بالفارق بين القطعى من أحكام الشريعة الغراء دلالة وثبوتاً وما دون ذلك من أحكامها. فكأن المحكمة العليا ترد على نفر من الفقهاء الذين أعوزتهم المعرفة الدقيقة بالشريعة الغراء وبدلاً من أن يروا فى تباين الآراء وكثرتها سعة ومزية رأوا فيها غير ذلك .

فمن الملاحظ هنا أن من الصفات التى تميز الشريعة الإسلامية كثرة وتباين الآراء حول العديد من المسائل وعدم وجود حلول قاطعة متفق أو مجمع عليها فى كثير من الأحيان. كل ذلك كان سبباً فى ذهاب هذا النفر الفقهاء إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من مصادر القانون بل من المبادئ القانونية العامة فحسب والتى تحكم النظام القانونى بصورة عامة.

ويرى أصحاب هذا الرأى أن الشريعة الغراء لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه. ذلك أنه بالرجوع إلى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية للقانون المدن، نجد أن مبادئ الشريعة الإسلامية التى يرجع إليها القاضى هى المبادئ الكلية التى لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة. وهذه المبادئ الشرعية الكلية لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية المعتبرة كجزء من المبادئ العامة للقانون المصرى.

ويستطرد أصحاب هذا الاتجاه مقررين أنه إذا وقع تعارض بين مبدأ ومبدأ آخر فإن المبادئ العامة المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تصلح للتطبيق المباشر المنضبط. ومن ثم تطبق مبادئ الشريعة الغراء وسبب ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر تحديداً من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى[1].

ويطلق بعض الفقهاء على هذه المبادئ الشرعية الكلية جوامع الكلم الفقهية، وهى التى استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول الفقهية والأحكام الشرعية المنثورة فى أبواب الفقه المختلفة[2]. ثم جرت هذه المبادئ مجرى الأصول وشهدت بصدقها تلك الفروع، ومنها قاعدة أن "شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله"، وقولهم "أن الأشياء المعينة خاضعة لحكم قانون موقعها"، وقولهم " الغش يفسد كل شئ"، و" الغرم بالغنم"[3].

ونحن نرى أن مبادئ الشريعة الإسلامية ذات الصبغة الكلية وقواعدها المجمع عليها تندرج فيها حتماً كل الحلول والأطر العامة التى يمكن أن تمدنا بها قواعد العدالة والقانون الطبيعى. بيد أن النظم القانونية الغربية والتى تفتقر إلى الثروة العلمية الضخمة التى يمدنا بها النظام القانونى الإسلامى، لم تجد بداً من

---

[1] – د / عبد الرزاق السنهورى : **الوسيط** ج١ س٤٩ .

[2] – عبد المنعم البدراوى : **مبادئ القانون** ، ١٩٧٠ ، بند ١٥٥ – ١٥٧ .

– توفيق فرج : **المرجع السابق** ، بند ١٦٦ - ١٦٩ .

– أحمد سلامة : **فى المدخل لدراسة الفانون** ، ١٩٧٥ ، بند ٨١ .

[3] – د / أحمد محمود سعد : **المرجع السابق** ، ص٢٦١ .

اللجوء إلى فكرة القانون الطبيعى والعدالة كحل لمشكلة نقص النصوص يمكن تقديمه للقاضى. وحرى بنا أن نعيد الأمور إلى نصابها الصحيح بالقول بأن كل هذه المبادئ العامة المنبثقة من فكرة القانون الطبيعى والعدالة تحتويها الشريعة الغراء وتزيد عليها. وليس مبنى هذا القول محض عاطفة ولكنه تقرير علمى دقيق .

ونحن نؤيد هذا الرأى فيما انتهى إليه من ترجيح إعمال قواعد الشريعة الإسلامية على تلك المستمدة من القانون الطبيعى أو قواعد العدالة. وهو ما يتفق مع نص المادة الأولى فقرة ٢من القانون المدنى المصرى. إلا أن تكييفه لهذه القواعد باعتبارها جزءاً من المبادئ العامة للقانون المصرى يختلف مع ما يراه جمهور الفقه من أن قواعد الشريعة الغراء تعد مصدراً من مصادر القانون[١] .

ونحن نذهب مع رأى فى الفقه إلى أن ذلك التباين فى تكييف طبيعة قواعد الشريعة الغراء فى النظام القانونى اللمصرى إنما يرجع إلى مدى تصور إمكانية الفصل الدقيق بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون[٢]. فبينما يرى البعض أن المبادئ العامة للقانون لا تخلق قواعد قانونية وضعية بل تسبق خلق هذه القواعد. باعتبار أن المصدر الوحيد للقانون الوضعى عند أصحاب هذا الرأى هو إرادة الدولة، ويرى البعض الآخر إمكانية إيجاد قواعد قانونية مؤسسة على المبادئ العامة للقانون[٣].

وعلى الرغم أنه لا محل لمناقشة هذا الرأى هنا، إلا أن لهذا الرأى الفضل فى توضيح مدى الاجتهاد الذى يبذله القاضى فى استنباطه لهذه الأحكام من خلال المبادئ العديدة التى تزوده بها الشريعة الإسلامية .

ويتضح مما سبق أن هذا الجهد الفقهى المبذول من قبل محكمتنا العليا ومن تابعها من فقهاء القانون فى التوصل إلى قواعد من الشريعة الإسلامية منضبطة وصالحة للإعمال المتسق مع النظام القانونى أيسر وأكثر انضباطا من محاولة استنباط القواعد من خلال القانون الطبيعى وقواعد العدالة، مما يبرز دور القاضى

---

١ – عبد الودود يحى : **دروس فى مبادئ القانون** ، ١٩٧٧ ، ص ١٠٧ وما بعدها .

– د / نعمان جمعة : **المرجع السابق** ، ص٢١٥

٢ – د / محمد على عمران ، وحسين النورى : **مبادئ العلوم القانونية** ، ١٩٨٩ ، ص١٢٧ .

– د / حمدى عبد الرحمن : **المدخل إلى القانون** ، ١٩٧٧ ، بند ٥٦ .

٣ د / عبد الناصر توفيق العطار : **نظرية القانون** ، ص٢٩٧،٢٩٦،٢٩٥ ، ٢٠٠٠.

– توفيق فرج : **المرجع السابق** ، بند ١٦٩ .

المصرى المعاصر الإبداعى والعملى فى خصوص استنباطه للأحكام من الشريعة الإسلامية[١].

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن اختلاف الفقه المصرى فى تكييف طبيعة قواعد الشريعة الإسلامية فى النظام القانونى يرجع من وجهة نظرنا إلى عدم التنبه للفكرة التى قمنا فيما سلف بتبيانها،ألا وهى تعدد استعمالات مصطلح الشريعة الغراء. ومن ثم تعدد الأدوار التى تضطلع بها مبادئ الشرع الحنيف فى النظام القانونى المصرى.

وهذا الوضع القانونى المتعدد الجوانب للشريعة الغراء إنما يدل على مدى الارتباط الوثيق والصلة الحتمية التى ما انفكت قائمة بين النظام القانونى والشرع الحنيف. ويقوم القضاء المصرى بترسيخ هذه الصلة خاصة عندما تعوزه النصوص الوضعية فيلجأ إلى فكرة المبادئ العامة أو إلى نظرية التفسير وسلطة القضاء فى تكملة النصوص والابتداع فى خلق الحلول جاعلاً الشريعة الغراء مرجعه وموئله فى كل ذلك.

وقد عرضت من قبل آراء الفقه العربى والغربى التى تجعل للمبادئ العامة للقانون هذه المرتبة السامية متسائلاً بعد تعداد أمثلة لتلك المبادئ التى يراها الفقهاء، أليست مبادئ الشريعة الغراء فى القدر الذى انعقد عليه الإجماع تنطبق عليها هذه الأوصاف ومن ثم تأتى على رأس هذه المبادئ العليا ؟

وفى هذا الصدد يبدو لى أن فكرة المبادئ العامة للقانون واستعمال القاضى لها فى التفسير يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع أساليب الاستفادة من المصادر القانونية المتعددة وعلى رأسها مبادئ الشريعة الإسلامية فى مجال التفسير. وقد سبق الإشارة فى الباب الأول إلى هذه الفكرة من منظور استعمال القاضى لها عند التفسير. ويمكننا تلخيص ما سلف فى نقطتين :

١- إن فكرة المبادئ العامة للقانون واستعمال القاضى لها فى التفسير يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع الاستفادة من المصادر القانونية السابقة كالعرف وقواعد القانون الطبيعى والعدالة، وكذلك المبادئ الكلية الغراء .

٢- إن الحل المقبول قانوناً فى ظل الوضع الحالى، والذى يمكن من خلاله اعتداد القضاء بأحكام الشريعة الإسلامية المجمع عليها هو استخدام فكرة المبادئ العامة للقانون.

---

[١] راجع ما سبق حول تعدد المضامين لمصطلح " الشريعة الإسلامية " فى النظام القانونى والقضائى المصرى، وذلك فى الباب الأول من هذه الدراسة .

المطلب الثانى
عوامل ظهور المبادئ القانونية العامة

إن دراسة الطبيعة القانونية للمبادئ القانونية العامة، والنظريات العديدة التى قيلت فى تبرير صفتها الإلزامية حتى بالنسبة للمشرع، مسألة تتجاوز نطاق هذا البحث، وحسبنا أن أشرنا إلى ما لهذه المبادئ من أهمية تستدعى الاهتمام بها فى محيط القانون الجنائى على غرار ما لاقت من اهتمام وتفصيل فى فروع القانون الأخرى[١] .

وقد أظهر جانب من الفقه الارتباط بين بروز هذه المبادئ، وبين طبيعة القضاء الإدارى بصفة خاصة باعتباره قضاء السلطة العامة، بالقول أن القضاء الإدارى فى مجموعة يقوم منذ نشأته على أساس فكرة معينة عن الإنسان وعلاقاته بالسلطة العامة. وهذا أمر لا مفر منه نظراً لأن طبيعة هذا القضاء تلزمه بأن يبحث عن حلول عملية للمنازعات التى تعرض عليه، وهذه الحلول قد وجدها "لافيربير" فى قواعد للتنظيم والعمل تُعنى بضمان انتظام المصالح العمومية أكثر من عنايتها بالنظر فى المشكلات القانونية أو حلها، وهذا هو الذى جعل الفقه القانونى المعاصر يربط بين تلك المبادئ كفكرة عامة و بين المبادئ القانونية العامة فى القضاء الإدارى الفرنسى[٢].

وهذا هو الفارق بين مركز المبادئ القانونية العامة فى القانونين العام والخاص، ففى حين أن القاضى العادى ملزم قبل كل شئ بالبحث عن هذه المبادئ فى القانون المدنى أو نصوص القانون بصفة عامة، نجد أن القاضى الإدارى لا يستطيع أن يبحث عنها إلا فى تعبير معين عن العلاقات بين الإنسان والسلطة ، يجده فى روحه وضميره متمثلاً فى العدل.

على أن ظهور "المبادئ القانونية العامة" لا ينسب إلى هذه الفكرة وحدها، بل إن مبادئ وضمانات قضائية كبرى كالطعن بتجاوز السلطة بكافة تطوراته، التعسف فى استعمال السلطة والرقابة على صحة الأسباب، وحالات مسئولية

---

[١] د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥٦ وما بعدها . حيث كان لسيادته السبق ، فيما نعلم ، فى الدعوة إلى الاهتمام بفكرة المبادئ العامة للقانون فى التفسير فى المجال الجنائى .

[٢] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٥٩ وما بعدها والمراجع وآراء الفقهاء الأجنبية المذكورة فى المتن مشار إليها فيه .

السلطة العامة، قد ولدت استناداً إلى تصورات عن الآداب الاجتماعية والفلسفة السياسية، وهذه أمور ماثلة دائماً فى ذهن القاضى الإدارى.

على أن المبادئ العامة للقانون باعتبارها تراثاً من التقاليد السياسية تظل قوة كامنة، لا تبرز أهميتها إلا إذا تأزم النظام السياسى أو القانونى، أو إذا فسدت أدوات التشريع واضطربت سياسته، أو إذا انتبات المجتمع هزات من الانفعال والاضطراب، ولم تكن هناك وسيلة أخرى سوى الالتجاء الصريح "للمبادئ العامة للقانون". وهكذا غدت هذه المبادئ فجأة عناصر أساسية فى تراكيب القضاء وتصوراته، وتزايدت الأحكام التى ترتكز فى حلولها على هذه المبادئ[1].

والدرس الذى نستخلصه، مع جانب من الفقه، من بروز المبادئ القانونية العامة فى فرنسا فى أعقاب الأزمات العنيفة التى هددت معتقداتها السياسية، هو أن عدم الاستقرار هو العامل الرئيسى على قيام هذه المبادئ بدورها الذى خلقت له. وليس عدم الاستقرار فى النظام السياسى هو وحده الذى يبعث الحيوية فى هذه المبادئ، وإنما هو عدم الاستقرار التشريعى. فلقد لاحظ الفقه أن التشريع المكتوب الجيد من جهة الشكل والمضمون استطاع لمدة طويلة بعمومه واستقراره أن يحقق الوظيفة المثبتة **Stabilisatrice** للقانون. أما التشريع المتغير أو الفردى أو المصوغ صياغة سيئة، وهذه العيوب هى طابع غالب فى التشريعات المعاصرة أو التشريع المخادع ، فإن أياً منها لا يحقق الاستقرار، ولا يكفل الأمن الذى تتطلبه الحياة الاجتماعية من القانون.

ورد الفعل الذى يحدثه هذا الاضطراب التشريعى، عند القاضى، هو أن يبحث عن معانى الاستقرار فى منطقة لا يسود فيها التوقيت أو الجزئية أو "انهيار القانون". وهو لا يجد ذلك فى غير مجال "المبادئ القانونية العامة" ليحقق هذه الضرورة الاجتماعية، ولكى يظهر أن القانون يؤدى وظيفته على خير وجه ممكن.

على أنه لا يجوز أن يفهم مما قدمناه أن المبادئ القانونية العامة، كالمبادئ الدستورية الهامة، لا يُستند إليها غالباً إلا فى أوقات الأزمات، وإنما كل ما نعنيه أن دورها فى الحماية القانونية يكون أكثر بروزاً فى هذه الأوقات.

على أن أكثر ما يعاب على استعمال المبادئ القانونية العامة فى أوقات الهدوء هو احتمال الانحراف فى استعمالها، والخروج بها على حدودها

---

[1] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٦٠.

السليمة. أو أن تكون أداة للقضاء فى تحقيق نوع من السيطرة أو فرض معتقدات سياسية، أو أنها قد تثير قلقاً واضطراباً بالغين فى شئون المتقاضين[١].

[١] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٦١.

المطلب الثالث

مشكلة تحديد المبادئ القانونية العامة

إن المشكلة الكبرى التى تواجه الداعين إلى التعويل والاهتمام بالمبادئ القانونية العامة هى مشكلة حصر هذه المبادئ وتحديدها. ذلك أن استخدام فكرة "المبادئ القانونية العامة" كأداة للتفسير أو سد النقص فى التشريع وصولا إلى العدالة لا يتحقق ما لم يؤمن عدم التجاوز ، ويكون ذلك بأمرين:

أولهما: تحديد الأصول أو المصادر التى ترد إليها المبادئ القانونية العامة.

وثانيهما : تحديد مجال المبدأ القانونى العام نفسه.

وإذا ما استعنا بما انتهى إليه فقه القانون العام، وبخاصة الإدارى من توضيح للفكرة مع إنزالها منزلها المناسب والمتفق مع خصوصية القانون الجنائى والطبيعة الخاصة لقواعده، فإننا نتساءل هل هذا التحديد ممكن والمفروض أن المبادئ القانونية العامة بحسب تسميتها بل وطبيعتها عامة غير محددة.

يمكننا أن نقرر أن أى "فكرة قانونية" تستعين بها أى سلطة من السلطات العامة فى النهوض بأعبائها، ولو كانت السلطة القضائية نفسها، إن لم تحدد عناصرها لن تؤمن عواقب استعمالها، وقد يترتب على استعمالها من غير تحديد، تهديد النظام القانونى كله بالانهيار، نظراً لما تتيحه من فرص التحكم والاستبداد .

إذاً فإن التسليم "بالمبادئ القانونية العامة" كمصدر للشرعية مرهون بضبط هذه المبادئ سواء من حيث مصادرها أو من حيث حدودها. فما هى هذه المصادر، وما هى هذه الحدود؟ نود أن نوضح بداءة أننا لا نقصد بالمصدر الأساس أو التبرير القانونى، وإنما نعنى به الأصل الذى تنبع عنه هذه المبادئ، فما هو الأصل أو الأصول التى يمكن أن تنسب إليها المبادئ القانونية العامة[1]؟

وإذا كانت للمبادئ العامة هذه الأهمية البالغة فى تحديد حدود العمل الإنشائى للقاضى، أو كوسيلة تفسير تندرج ضمن قواعد المنهج المنطقى فى التفسير على التفصيل الذى سبق وأن أوضحناه ، فإن الأمر يوجب تحديدها. وقد درج الفقه

---

[1] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٢٥١ .

على ضرب أمثلة لتلك المبادئ دون بيان لوسيلة موضوعية منضبطة لمعرفة تلك المبادئ[1] .

وباستقراء المبادئ العامة التى يرددها فقهاء القانون بصفة عامة أو كل فرع من فروعه بصفة اكثر خصوصية، نجد أن بعضها يشير إلى قواعد مستقرة فى الضمير تمليها العدالة المثلى، وذلك يوضح على الفور أن بعض المبادئ القانونية العامة مبادئ مثالية، فكيف تحدد ؟ لقد كثرت محاولات الفقه فى رد هذه المبادئ إلى أصول محددة. فمنهم من ردها إلى القانون الطبيعى، وهو بداهة مجرد من الجزاء القانونى.

ومنهم من أكسبها الاحترام لإيغالها فى القدم، ولكن القانون لا يعترف بأرستقراطية المولد كما يقرر جانب من الفقه، ويستطرد أن العصر الحديث، واعتقاده فى التقدم يقوض كل احترام لهذه القواعد التى تمثل جمود القانون فى مرحلة معينة.

ويرى جانب آخر من الفقهاء[2]أن طبيعة المبدأ مستمدة من "صفته العامة"، غير أنه لما كان المشرع يضع هو أيضاً قواعد عامة ، فإن المبادئ العامة لا تتفوق عليها بشئ ما! فالحقيقة أن هذه المبادئ، كما يرى هذا الفريق[3] هى من خلق الفنيين الذين يسعون وراء تطبيقات لقاعدة عامة، أو هى من خلق الفقه، ولكن من غير طريق التحكم، وهذه القواعد يستخلصها المنطق، وتقتضى فرضها المصلحة العامة.

على أن هناك مبادئ أخرى تستمد من أفكار عامة هى أفكار الحرية، وما شابهها من العقائد السياسية التى إما أن تجد لها أساساً دستورياً، وإما أن تُرد إلى إعلانات للحقوق، وهذه لا تتمتع بذات الدرجة من القوة التى تتمتع بها المبادئ العامة ذات الأساس الدستورى.

وإذا كان هناك جانب من الفقه قد أقر وجود هذه المبادئ، إلا أن جانباً آخر مع تسليمه بوجودها إلا أنه لا يسلم لها بأى صفة قانونية. وأول اعتراض يوجهه

---

[1] د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٩١ وما بعدها .

[2] – د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ٤٩٥ و ٤٩٦ .

[3] – بيسكاتورى : **المرجع السابق** ، بند ٧١ ص ١١٩، ١٢١ .

– جالوتى : **المرجع السابق** ، ص ٧٨ ، ٧٩ . مشار إليه فى مؤلف د / عبد الحىحجازى ، **المرجع السابق** ، ص ٤٩٥ .

المنكرون لهذه المبادئ، هو: ما هو سبيل تحديد هذه المبادئ غير القابلة للتحديد بطبيعتها ؟!، وما هو مضمونها[١] ؟

ويرد على ذلك الرأى بأن وجود هذه المبادئ كما يتأكد فى اللحظة التى يفتقد القاضى فيها النص الذى يعوزه لكى ينطق بالحكم العادل فإن صفتها القانونية ذات الآثار تتأكد فى نفس هذه اللحظة. وليس فى ذلك غرابة فإن كثيراً من الأوصاف القانونية لا تعرف إلا بأضدادها : ففكرة الشخص العادى والحريص وغيرها من الأفكار القانونية المنتشرة فى جنبات القانون الجنائى لا يمكن وضع حدود ثابتة لها، وإن كان يسهل تحديد التصرف الشاذ الذى لا يرتكبه مثل صاحب هذه الشخصية أو تلك .

ويقرر أنصار فكرة المبادئ العامة أن المشرع فى ظل نظام ديمقراطى ملزم بأن يحترم المبادئ العامة. لأن الرأى العام يؤمن بها، والمشرع حريص على عدم المساس بهذه العقيدة. على أنه وإن كان يصعب تعداد هذه المبادئ وحصرها، فإن الصفة البارزة فيها هى أنها تكون وحدة واحدة، وبعضها تمليه العدالة والبعض الآخر تفرضه ضرورة الاستقرار[٢].

ويذهب فقه القانون العام إلى أبعد مدى فى احترام تلك المبادئ العامة، حين يقرر أنه يمكن القول على الفور إن القانون الذى يوقع ظلماً أو يحدث اضطراباً يعتبر قانوناً مخالفاً للمبادئ العامة، أياً كان المصدر الذى ترد إليه هذه المبادئ، أهى قوة التقليد، أم مقتضيات المنطق، أم الرعاية العملية للنظام[٣].

وقد يحدث أن بعض الدساتير تغفل النص على مبدأ الشرعية مثال ذلك الدساتير الفرنسية التى صدرت بعد عام ١٨٧٥ حتى الدستور الحالى عام ١٩٥٨، وكذلك الأمر فى مصر منذ قيام الثور حتى دستور١٩٥٦، فهل يملك الشارع النص على رجعية القوانين الجنائية فى حالة عدم وجود نص دستورى يقرر عدم جواز ذلك[٤].

لقد أثير هذا الأمر فى فرنسا عقب عدم النص على مبدأ الشرعية فى الدستور الفرنسى لكن الفقه يرى عدم إمكان لجوء الشارع إلى إصدار قوانين

---

[١] د / عبد الحجحجازى ، **المرجع السابق** ، ص ٤٩٣ ، ٤٩٧ .

[٢] د / محمد الشريف : **المرجع السابق** ، ص ٣٦١ .

[٣] د / محمد محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٨ .

[٤] – د/ أبو اليزيد على المتيت : **المرجع السابق** ، ص ٣٩٩ هامش رقم (٢) .

– د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٩ وما بعدها.

– د/ محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٥١ ، ٥٢ .

جنائية بأثر رجعى[1]. فذهب "ديجى"[2]مع جمهرة الفقهاء إلى أن هناك مبادئ القانون الأعلى الذى يجب أن يتفق معها كل تشريع ، وتلك المبادئ أعلى من الدولة، ولا تدون فى إعلان الحقوق .

- **الخلاصة :**

ويبين من العرض السابق أن المبادئ القانونية العامة تنتسب إلى عدة مصادر، ويهدف كل مصدر منها إلى تحقيق غاية سامية للمجتمع. أو بعبارة أخرى هى القواعد العظمى التى تعمل على المحافظة على النظام الأساسى. وأن سبب تعلق الفقهاء بها هو شعورهم بأنها ضرورية للاستقرار. وذلك نابع من توافقها ومواءمتها كذلك لخصائص حضارتنا، ولا جدال فى أن أهم سبب من أسباب استقرار النظام القانونى هو المحافظة على كرامة الإنسان" بالمعنى الذى يتسع لمبادئ الحرية والعدل واحترام مقدسات المجتمع وشريعته.

[1] د/ سليمان الطماوى : **المرجع السابق** ، ص٤٢٠ .

[2] د/ عبد الرزاق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص٩٤ ، ٩٥ .

المطلب الثالث

العلة واستخدامها كضابط فى تعليل الأحكام الجنائية فى الشريعة الغراء والقانون

قد يكون من الملائم سوق بعض الأمثلة من الفقه الإسلامى لتوضيح كيفية التوصل إلى علة الحكم واستدلالات الفقهاء المتنوعة بحسب تحديدها لها.

- **المثال الأول : تحريم الخمر :**

حرم الله سبحانه وتعالى الخمر بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ"[١].

والخمر عند فقهاء المذهب الحنفى هى عصر العنب غير المطبوخ عندما يترك حتى يغلى ويشتد ويقذف برغوته، وعلى ذلك فإن نبيذ غير العنب من البلح أو الشعير ونحوهما من الأنبذة، إذا لم يرد عن الشارع بصددها حكم بالحل أو الحرمة، فإن الحكم يكون الحرمة قياسا على الخمر لاشتراكها فى العلة التى كانت سببا فى تحريم الخمر، وهى الإسكار[٢].

---

[١] سورة المائدة : الآيتان ٩٠ –٩١ .

[٢] يذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخمر ما خامر العقل أى غطاه وستره وحجبه ، فتكون حرمة جميع المسكرات ثابتة بالنص القرآنى دون حاجة إلى القياس ، وهذا هو المعنى المتبادر فهمه من النص . وتخصيص الخمر فى الآية بنوع خاص يقاس عليه غيره فى الحرمة لا يدل عليه دليل لغوى ولا شرعى .

انظر فى ذلك :

- د / زكريا البرى : أصول الفقه الإسلامى ، **المرجع السابق** ، ص ١٨٨ .
- د /يوسف قاسم : أصول الأحكام الشرعية ، **المرجع السابق** ، ص ١٥٠ .

ويقول ابن تيمية " لما أنزل الله سبحانه وتعالى على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم ، تحريم الخمر لم يكن عندهم بالمدينة من خمر العنب شئ لأنه لم يكن بالمدينة شجر عنب ، وإنما كانت تجلب من الشام ، وكان عامة شرابهم من نبيذ الشعير ،وقد توافرت السنة عن النبى صلى الله عليه وسلم . وخلفائه وأصحابه أنه حرم كل مسكر وبين أنه خمر ، وكانوا يشربون النبيذ الحلو ، أى ما يسمى فى مصر بالخشاف ، وهو أن ينبذ ، يوضع فى الماء تمر وزبيب حتى يحلو الماء ، ولاسيما أن كثيرا من مياه الحجاز فيه ملوحة ، وهذا النبيذ المسمى خشاف ، حلال بإجماع المسلمين ، لأنه لا يسكر ، كما يحل شرب العصير قبل أن يصير

- فالخمر أصل منصوص على حكمة . وهو المقيس عليه.
- والنبيذ فرع غير منصوص على حكمة ، وهو المقيس .
- والحرمة حكم ثابت فى الأصل، وهو الخمر، ويراد تعديته إلى الفرع.
- والاسـكار علة أنبنى عليها تحريم الخمر، وموجودة فى الفرع وهو النبيذ، فكانت علة فى تحريمه.

- **المثال الثانى : حرمان الموصى له القاتل للموصى من الوصية:**

قياساً على حرمان الوارث القاتل لمورثة. قال رسول الله، صلى الله عليه وسلم، "لا يرث القاتل"[1]، وهذا الحديث ينهى عن توريث القاتل ممن قتله، فيحرم من الميراث بعد تحقق سببه من قرابة أو زوجية. وهذا المنع ثبت لعلة هى أن القاتل أستعجل الميراث قبل أوانه ، فعوقب بالحرمان، ولأن الميراث نعمة فلا ينال بالجريمة .

وهذا الحديث بلفظه لا يتناول إلا حكم ميراث القاتل، فإذا قتل الموصى له، الموصى الذى أسدى إليه معروفاً، وهو تمليكه جزء من ماله بعد وفاته يكون مستعجلا للشئ قبل أوانه ومقابلاً الإحسان بالإساءة فيعاقب بحرمانه قياساً على القاتل الوارث .

فى هذا المثال يعد قتل الوارث مورثة أصلاً، وهو المقيس عليه، قد ثبت حكمة بالنص، وهو حرمان ذلك القاتل من الميراث، وعلة ذلك الحرمان أنه استعجل الشئ قبل أوانه، والفرع هو قتل الموصى له الموصى وجدت فيه هذه العلة، فيلحق بالأصل، فيأخذ حكمة وهو الحرمان من تملك المال الذى كان سيمتلكه بالوصية[2].

مسكرا ، انظر فى ذلك الساسة الشرعية ، لابن تيميه ، ص ١٠٦ . أخرجه ابن ماجة ، بسند حسن ، الجامع الصغير ، الجزء الثانى ، ص١٤٣.

[1] أخرجه ابن ماجة ، بسند حسن ، **الجامع الصغير** ، الجزء الثانى ، ص١٤٣.

[2] - الشيخ / عباس متولى حمادة : **المرجع السابق** ، ص ١٤٧-١٤٨ .
- د/زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ٨٩.
- الشيخ / على حسب الله : **المرجع السابق** ، ص ١٣٢.
- الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٩٣، ١٩٤ .

ويمكننا أن نطرح بعد عرض المثالين السابقين تساؤلات عديدة تفضى الإجابة عليها إلى الرأى الذى نؤيده فى مدى اعتماد العلة كأساس للقياس فى القانون الوضعى الحالى وكذلك التشريعات المزمع إصدارها فى ظل تطبيق شامل للشريعة الغراء.

- **مسائل خلافية ذات أثر قانونى :**

لقد انتقيت من المسائل التى تثور لدى علماء الأصول عند بحثهم فى العلة ما أراه مناسباً لهذه الدراسة من حيث إفضائه إلى النتيجة التى نود التوصل إليها وهى جواز القياس والتفسير الواسع بالبناء على العلة أو الحكمة أو المصلحة المحمية .

والتوصل إلى هذه النتيجة سهل ويسير بعد إنعام النظر فى المسائل التالية والتى صغناها كما فعل بعض فقهاء الأصول المعاصرين فى صورة تساؤلات. والتوصل إلى هذه النتيجة كذلك من شأنه بيان التقارب والتشابه بين ما انتهى إليه علماء القانون وما يراه فقهاء الأصول من قديم.

والتوصل إلى هذه النتيجة أخيراً يجعل من الممكن تطبيق قواعد على أصول الفقه فى هذه المسألة وغيرها فى المجال القانونى المعاصر، وهو ما يعد خطوة فى المجال القانونى المعاصر، وهو ما يعد خطوة تمهيدية وتدريبية للقضاة والفقهاء نحو تطبيق الشريعة الغراء فى شتى جوانب النظام القانونى والقضائى.

١- هل يجوز التعليل بمحل الحكم؟

اختلف الأصوليون فى تعليل الحكم بمحله بمعنى أن المحل يكون هو العلة، فذهب فريق منهم إلى عدم الجواز، لا فرق فى ذلك بين القاصرة والمتعدية، وذهب أكثرهم إلى الجواز فى العلة القاصرة، وعدم الجواز فى العلة المتعدية.

٢- هل يجوز التعليل بالحكمة إذا لم تكن منضبطة ؟

اتفق الأصوليون على أن الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على الحكمة يصح تعليل الحكم به مثل تعليل قصر الصلاة بالسفر، وتعليل وجوب حد الزنا بالزنا، وتعليل وجوب القصاص فى النفس بالقتل العمد العدوان.

واختلفوا فى التعليل بنفس الحكمة المقصودة للشارع من شرع الحكم مثل التعليل بالمشقة، أو اختلاط الأنساب، أو حفظ النفس فى الأمثلة السابقة على

أقوال ثلاثة، القول الأول: يجيز التعليل بالحكمة مطلقاً منضبطة أو غير منضبطة ظاهرة أو غير ظاهرة، وهذا هو الظاهر من كلام البيضاوى الإمام الرازى[1]. والقول الثانى: لا يجوز التعليل بالحكمة مطلقاً، و هذا القول نسب لأكثر الأصوليين. والقول الثالث : يجيز التعليل بالحكمة الظاهرة المنضبطة، ولا يجوز التعليل بها أن كانت مضطربة أو خفية، و هذا القول هو المختار للآمدى .

٣- هل يجوز تعليل الحكم الشرعى بالحكم الشرعى ؟

اختلف الأصوليون فى تعليل الحكم الشرعى بحكم شرعى على مذاهب ثلاثة، المذهب الأول: لا يجوز التعليل بالحكم الشرعى مطلقاً سواء كان باعثاً على مصلحة أو باعثاً على مفسدة. والمذهب الثانى: الجواز مطلقاً، وهو المختار للرازى والبيضاوى. أما المذهب الثالث، فيجيز التعليل إن كان الحكم باعثاً على مصلحة، ولا يجوز التعليل إن كان باعثاً على مفسدة، وهذا هو المختار لابن الحاجب[2].

٤ - هل التعليل بالمانع يتوقف على وجود المقتضى ؟

اتفق الأصوليون على أن عدم الحكم، كما يعلل بعدم المقتضى يعلل كذلك بوجود المانع. فيقال لم يجب القصاص لعدم وجود القتل العمد العدوان. كما يقال لم يجب القصاص فى قتل الوالد ولده عمداً وعدواناً لوجود المانع وهو الأبوة .

واختلفوا هل تعليل عدم الحكم بوجود المانع يتوقف على وجود المقتضى، فلا يقال عدم الحكم لوجود المانع إلا إذا كان المقتضى موجوداً أو لا يتوقف على ذلك . فيقال عدم الحكم لوجود المانع، وإن لم يكن المقتضى للحكم موجوداً. فذهب أكثر الأصوليين إلى أن التعليل بالمانع لا يتوقف على وجود المقتضى، ومن هؤلاء الإمام الرازى، وابن الحاجب والبيضاوى. وذهب قليل منهم إلى أن التعليل بالمانع يتوقف على وجود المقتضى، ومن هؤلاء الآمدى[3] .

---

[1] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٨ وما بعدها .

[3] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٦٢ ، ١٦٣.

- د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص١٠٢

٥-هل من شرط علة الأصل أن يتفق على وجودها فيه ؟

لا يشترط فى علة الأصل أن يكون متفقاً عليها بين الخصمين المتنازعين، بل يكفى قيام الدليل عليها فيه، سواء كان الدليل قطعياً أو ظنياً، ويصح القياس بذلك متى توفرت باقى الشروط.

ولكن يشترط فى الدليل المثبت للعلية أن لا يكون متناولاً لحكم الفرع، وإلا كان حكمة ثابتاً بالنص لا بالقياس. فلو قال قائل: السفر جل مطعوم، فيحرم فيه التفاضل كالبر، ثم استدل على أن العلة فى تحريم التفاضل فى البر هى الطعم، بقوله عليه السلام "لا تبيعوا الطعام بالطعام"، لم يصح القياس؛ لأن حكم الفرع، وهو السفر جل يكون ثابتاً بالإبطال على الحكم الذى أخذ منه، فلو علل شخص تعين الشاة فى الأربعين شاة بدفع حاجة الفقير لم يصح هذا التعليل؛ لأن دفع الحاجة يجيز إخراج القيمة، وإخراج القيمة يبطل تعين الشاة بخصوصها.

٦-هل يجوز التعليل بالوصف المركب ؟

اختلف الأصوليون فى التعليل بالوصف المركب من أجزاء لا يستقل كل واحد منها بالعلية على مذهبين: **المذهب الأول:** لا يجوز التعليل بالوصف المركب من أجزاء، فلا يكون الوصف المركب علة. **المذهب الثانى:** يجوز التعليل بالوصف المركب من أجزاء، ويكون ذلك الوصف علة، وهو مذهب الجمهور[١].

- **الأدلـة :**

استدل الجمهور بأن الوصف المركب من أجزاء قد يكون مناسباً للحكم، وقد يدور مع الحاكم وجوداً وعدماً، فوجب أن تثبت عليته بذلك كالوصف المفرد؛ لأن كلا من المناسبة والدوران طريق من الطرق المثبتة لعلية الوصف مطلقاً.

٧-هل يصح تعليل الحكمين بعلة واحدة ؟

الحكمان إما متماثلان أو متخالفان، بحيث يمكن اجتماعها، أو متضادان، فالمتماثلان أو المتخالفان يجوز تعليلهما بعلة واحدة، فالمصلان مثل وجوب

---

[١] الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص٢٠٠ .

القصـــاص على زيد، ووجوبه على عمرو، فإنهما يعلان بعلة واحدة هى القتل العمد العدوان، والمتخالفان مثل تحريم القراءة ومس المصـــحف، فإنهما يعللان بعلة واحدة هى الحيض أو الجنابة .

وأما المتضـــادان فلا يجوز تعليلهما بعلة واحدة من جهة واحدة، وإلا لزم اجتماع الضـدين، ويجوز تعليمهما بعلة واحدة من جهتين مختلفتين مثل الحركة والسـكون، فعلة الحركة هى الجسـم من حيث انتقاله من الحيز الأول إلى الحيز الثانى، وعلة السكون هى الجسم من حيث بقاؤه فى الحيز الأول[١].

٨ -هل يجوز التعليل بالعلة القاصرة ؟

أنفق الأصوليون على أن الوصف القاصر، إذا ثبتت عليته بنص أو إجماع، فإنه يكون علة للحكم، ويصـــح التعليل به. واختلفوا فيما إذا ثبتت عليته بطريق من طرق الاستنباط كالسبر والتقسيم أو المناسبة أو الدوران، فهل يصح التعليل به أو لا يصح على مذهبين :

المذهب الأول : يجوز تعليل الحكم بالعلة القاصـــرة ، ولكن لا يعدى الحكم بها إلى محل آخر لعدم تحققها فيه، وهذا هو المعروف عن جمهور العلماء، ومنهم الشافعى وأحمد ، وهو المختار للبيضاوى .

والمذهب الثانى: لا يجوز التعليل بها مطلقاً ، وهذا المذهب قد نســـب إلى جمهور الحنفية.

- **الأدلة :**

استدل أصـحاب القول الأول بدليلين، الأول: الوصـف القاصـر قد يدور مع الحكم وجوداً وعدماً، والدوران مثبت للعلية، فيكون الوصف القاصر علة، وهو المطلوب.

والدليل الثانى: لو توقفت علية الوصـف على كونه معتدياً، لكان ذلك دوراً، والدور باطل فالعلية لا تتوقف على التعدية، فصـح أن تكون العلة قاصـرة، كما صح أن تكون متعدية[٢].

---

[١] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

[٢] راجع فى مناقشة هذه الأدلة وحجج المعارضين .

- الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص١٦٠ ، ١٦٤ ، ١٦٥ .
- الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص١٩١ وما بعدها .

- **نقد التفرقة بين العلة المتعدية والقاصرة :**

قديما تنازع العلماء فى جواز التعليل بالعلة القاصـــرة، وطال الأخذ والرد بين الحنفية والشـــافعية على وجه أخص جيلاً بعد جيل، حتى خيل للناظر فى كلامهم أنه دفاع عن عقيدة أو تنازع فى حقيقة، ويعلم الله أن لا عقيدة ولا حقيقة إنما هو خلاف فى الألفاظ، ومن أنصـــف منهم وتجرد عن العصـــبية قال: نزاع لفظى حيث اختلف محل النفى والإثبات، وأن كل فريق معترف بما يقول الآخر شـــاء أو أبى. ومن أخذته الحمية، حمية الدفاع عن مشـــايخه، حاول رد النزاع الصـــورى إلى حقيقى متكلفاً أيما تكلف كى يوجد لهذا الخلاف أية ثمرة أو أثر حقيقى.

ويرى بعض الفقه أن منشـــأ هذا الخلاف هو ما روى عن الإمام الشـــافعى رضـــى الله عنه من جعله علة الربا فى الذهب والفضـــة الثمينة، وهى قاصـــرة عليهما، وعلة ضـــم الأولاد إلى الأمهات لتكميل النصـــاب، فتجب الزكاة لأن الأولاد متولدة منها، وهى قاصرة على محلها لا تتعداه، وما شابه ذلك[1]. والحنفية جعلوا العلة فى الأول الجنس والوزن، وهى موجودة فى غيرهما، وفى الثانى أنها زيادة مال فى الحول على نصاب، وهى موجودة فى الفائدة.

وسـواء أكان هذا التعليل منقولا عن الإمام وصـاحبيه أم اسـتنباط الاتباع، فقد جد النزاع بين أصحاب المذهبين فى هذه الفروع. وأنجز الكلام منها إلى علة قاصـــرة ومتعدية، وأيهما ترجح فى مقام الترجيح أو فى مجالس المناظرات. فذهب ذاهبون إلى أن القاصـــرة غير صـــحيحة، وآخرون إلى أن التعليل بها صـــحيح، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم عند اجتماعها مع المتعدية، فمن ذاهب إلى ترجيح المتعدية لوجود فائدة زائدة، وهى تعدية الحكم. ومن ذاهب إلى عدم الترجيح من هذه الجهة بين القصـــور والتعدى، بل من جهة الدليل المثبت لكل واحدة منهما. ومن ذاهب إلى ترجيح العلة القاصـــرة؛ لأنها متأيدة بالنص، وصاحب هذا القول هو أبو إسحاق الشرازى الشافعى .

حكى هذه الأقوال صـاحب البرهان، ومع أن مثار النزاع هو ما قلناه إلا أن ذلك لم يمنع من ذهاب بعض الشـافعية إلى القول بعدم صـحتها كأبى بكر القفال الشاشى، المتوفى سنة ٣٦٥هـ، والحليمى، المتوفى سنة ٤٠٣هـ. وكذلك لم يمنع

---

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، نفس الصفحة .

فى المقابل ذهاب بعض الحنفية كمشايخ سمرقند وصاحب الميزان، وكثير من المتأخرين كصاحب التحرير إلى القول بصحتها، ولكل وجهة[1].

وقد قام هذا الجانب من الفقه بتتبع مقالات علماء الأصول فى هذا الموضوع مرتبة حسب ترتيبها الزمنى، ليثبت كيف بدأ الخلاف وكيف تطور حتى انتهى إلى اجتهاده الذى نلقى عليه هذا الضوء تأييداً وتأكيداً على رجحانه، وقد ظهرت حقيقة الخلاف من أنه نزاع لفظى، وإن هبت عليه أعاصير العصبية المذهبية فى وسط الطريق تسفو رمال الجدل على وجه الحقيقة تحاول إخفاءها، وتثير غبار الباطل فى أعين الأتباع حتى تغمض عن الصواب.

من ذلك ما يقوله الجصاص فى أصوله: أن العلة القاصرة غير جائزة عندنا صحيحة عند الشافعية، واستدل على فسادها بأن هذه العلل إنما تستخرج لإيجاب الأحكام بها. والمنصوص عليه مستغن بدخوله تحت النص عن استخراج علته لإيجابه، فلا معنى لاستخراج علته وإنما تستخرج العلة من النص للفرع لا لنفسه. وأيضاً فإن العلل إنما تستخرج للقياس بها على النص، وكل علة بها قياس فليست بعلة، فلا معنى لها إذا .

وأيضاً فإن النبى صلى الله عليه وسلم إنما أجاز اجتهاد الرأى فى استخراج المعانى والعلل عند عدم النصوص فى قصة معاذ وغيره. فإذن اجتهاد الرأى ساقط مع وجود النص فى استخراج علته، كما سقط فى استخراج حكمه.

وكذلك الصحابة إنما كانوا يجتهدون آراءهم فى استخراج العلل فى الحوادث، ولم يكونوا يجتهدون فى استخراج علل النصوص من غير رد لغيرها إليها. ولو كان ذلك مما يجوز لما خفى عليهم ولتكلموا فيه. واختلفوا فى علل النصوص، وإن لم يقيسوا بها كما اختلفوا فى علل القياس. ولو فعلوا ذلك لنقل كما نقل اختلافهم وأقاويلهم فى أعيان المسائل ووجه استخراجاتهم، فدل تركهم لذلك على أنه لم يفعلوه وأنه لم يكن عندهم فى اعتباره فائدة ولا معنى له. وأيضاً فإن العلل إنما تستخرج لأغيار الأصل، فأما الأصل المستخرج منه العلة، فغير جائز أن يكون عله لنفسه.

ألا ترى أنه غير جائز أن تكون علة المسألة جميع أوصافها. لأنها لا تتعدى إلى غيرها. كذلك غير جائز أن تكون علة المسألة جميع أوصافها التى لا تتعدى إلى غيرها[2].

---

[1] د/ محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٧٥ . وقد قمت باختصار بعض السجالات والتصرف اليسير فى بعض العبارات رغبة فى تركيز الفكرة وإظهار ما أود إظهاره بالقدر المفيد لهذه الدراسة .

[2] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص١٦٨.

ثم أورد اعتراضا لأصحاب الرأى المخالف للنظر السابق حاصله أن العلة القاصرة هى الحكمة التى من أجلها شرع الحكم ورده بأن كون الذهب والفضة أثماناً ليس من علل المصالح لأن كونها أثماناً باصطلاح الناس عليه.

ثم أورد اعتراضا آخر خلاصته أن نفى الفائدة غير صحيح ، لأنها موجودة، وقد علمنا بأن الله تعالى حرم هذا الشئ لهذه العلة. وكذلك نستحق بها الثواب فى اعتقادنا بها ثم رد عليه بأنه كلام ساقط. وأطال الكلام فى الرد على هذه الاعتراضات[1].

ويضيف هذا الفقه على ما سبق بأن الاستدلال على فسادها لا فائدة فيها حيث لا تعدية. وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يأذن فى اجتهاد كهذا. وكذلك أصحابه له يفعلوه لعدم فائدته. ولما استشعر الإمام الجصاصى بأن الخصم قد يدعى وجود الفائدة، وهى معرفة حكمة الحكم التى من أجلها شرع، دفعه بأن العلل القاصرة التى قالوا ليست من هذا القبيل، ككون الذهب والفضة أثمان الأشياء.

ويستطرد هذا الفقه قائلاً أن هذا ما تنبه له إمام الحرمين الجوينى بعد ذلك بزمن، فقال فى برهانه: يتعين فى العلة القاصرة أن يكون المدعى مشعراً بالحكم متلبساً له مفضياً بالطالب إلى التنبيه على محاسن الشريعة، والتدرب فى مسالك المناسبات، وشرط ذلك الإحالة لا محالة"[2].

وهذا منه فى الواقع جر المخالف إلى موافقته، لأنه قد نقل عن الحنفية السابقين شئ من هذا القبيل، كتعليلات بعض أفعال الحج من الأمور التى لا تتعدى أحكامها إلى غيرها، ولم يدفع ما ورد عليهم من أن مثل علة الربا فى النقدين ليست من هذا النوع، ولعله لا يلتزم صحة هذه العلة وأمثالها، حيث يقول فى غير موضع من كتابه، وحق الأصولى أن لا يعرج على مذهب، ولا يلتزم الذنب عن مسلك واحد، ولكن يجرى مسلك القطع غير ملتفت إلى مذاهب الفقهاء فى الفروع.

جاء تلميذه الغزالى وتكلم على هذا الخلاف فى المستصفى، وأشار فى حديثه إلى استبعاد مذهب المانعين لصحتها. وادعى فائدة للقاصرة ، ولم يشترط فيها ما شرطه شيخه من قبل، فيقول "أولا ينظر الناظر فى استنباطه العلة ، وإقامة الدليل على صحتها بالإيماء، أو بالمناسبة أو تضمن المصلحة المبهمة. ثم بعد ذلك ينظر، فإن كانت أعم من النص عدى حكمها وإلا اقتصر ، فالتغذية

---

[1] الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٨٩ .

[2] **إمام الحرمين / الجوينى : البرهان ، ص** ٢٦١.

فرع الصحة، فكيف يكون ما يتبع إلى مصححاً له ؟ فإن قيل: كنا أن البيع يراد لملك والنكاح للحلل، فإذا تخلفت فائدتهما قبل أيهما باطلان، فكذلك العلة تراد لإثبات الحكم بها فى غير محل النص، فإذا لم يثبت لها حكم كانت باطلة لخلوها عن الفائدة وللجواب منها وجهان: أحدهما أن نسلم عدم الفائدة، ونقول: إن عنيتم بالبطلان أنه لا يثبت بها حكم فى غير محل النص فهو مسلم، ونحن لا نعنى بالصحة إلا أن الناظر ينظر، ويطلب العلة، ولا ندرى أن ما سيفضى إليه نظره أو متعد، ويصحح العلة بما يغلب على ظنه من مناسبة أو تضمن مصلحة ، ثم يعرف بعد ذلك تعديته أو قصوره، فما ظهر من قصوره لا ينعطف فساداً على مأخذ ظنه ونظره[1].

والحق أن تصويره لبحث المجتهد عن العلة، هو الواقع، لأنه حينما يبحث لا يدرى أن ما يصل إليه قاصر أو متعد، فالقصور والتعدى يعقب البحث لا يسبقه حتى يمتنع التعليل بالقاصر، ولا يمكن للمانعين أن يقولوا أنه إذا بحث وأداه اجتهاده إلى علة قاصرة لا يصح له التمسك بها؛ لأنه بعد غلبة الظن بأنها العلة لا يجوز له رفض ذلك الظن الغالب الذى ما كلف إلا به، ولكنا لا نسلم له وجود الفائدة التى ذكرها من منع التعدية بها عند وجود أخرى متعدية؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون ذلك من مجتهد واحد أو من مجتهدين، فإن كان الثانى فلا تتحقق لأن كل مجتهد يعمل بما يؤدى إليه اجتهاده، ومتى غلب إلى ظنه أن هذا المعنى هو العلة وجب عليه العمل به قاصرة أو متعدية، ولا يكون ما وصل إليه غيره ملزماً له وحاكماً عليه، وإن كان الأول، فكذلك لأنه إذا أداه اجتهاده إلى علة قاصرة توقف عن التعدية، فإن ظهر له بعد ذلك علة متعدية، وغلب على ظنه أنها العلة استقلالا، صحب ذلك بطلان العلة الأولى؛ لأنه لا يعقل وجود علتين صحيحتين مستقلتين لحكم واحد بهذا الشكل عند شخص واحد، حيث يتناقض لما توجب المتعدية التعدية والقاصرة عدمها، اللهم إلا إذا أراد الفرض والتقدير يعنى لو فرض وقوع هذا كانت فائدة القاصرة منع التعدية، وكلام غيره صريح فى أن المسألة فرضية[2].

قال الآمدى فى بيان هذه الفائدة: الثانية أن العلة إذا كانت قاصرة، فبتقدير ظهور وصف آخر متعد فى محلها يمتنع تعدية الحكم به دون ترجيحه على العلة القاصرة، وذلك من أجل الفوائد[3].

---

[1] الإمام / أبى حامد الغزالى : **المستصفى** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٦٢ .

[2] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

[3] الإمام / الآمدى : الأحكام **المرجع السابق** ، ص ٦٢٠ .

وقال إمام الحرمين فى برهانه: أن أصل الكلام فى المتعدية والقاصرة غير واقع، وإنما يتكلم المتكلم على التقدير والقول فى المتعديتين يجرى على ذلك النحو، فليس فى المتفق عندنا علتان على الموافق لحكم واحد منصوص عليه أو مجمع عليه، وكل واحدة على شرط الصحة، لما قال فى البحث المفروض فى اجتماعهما أنه يعمل بالمتعدية ، ولا يترك موجبها لمجرد ما يجرى فى الفكر من العلة القاصرة، قال: فإن قيل: علل أبو حنيفة، رضى الله عنه، الربا فى النقدين بالوزن، وهو متعد إلى موزون، وعلل الشافعى رضى الله عنه بكونهما جوهرى النقدين، وهو مقتصر على محل النص، فما قولكم فى ذلك ؟ قلنا: الوزن علة باطلة عند الشافعى رضى الله عنه، والقول فى التقديم والترجيح يتفرع على إنصاف كل واحدة من العلتين بما يقتضى صحتها لو انفردت.

والكلمة الأخيرة لنا إزاء هذا الخلاف المتشعب وأدلته أنه لا نزاع بين الجميع فى أن علة القياس لابد أن تكون متعدية حتى يتحقق القياس، وإلا ما كانت ركناً فيه. ولكن رغم ذلك فإن الجميع ثبت عنهم التعليل بما لا يتعدى فإن اتفقوا على تسمية هذا تعليلاً انقطع الأنواع بجميع شعبه، وعن أبى الحنفية رضى الله عنه، هذه التسمية، وسموه إبداء حكمه كما قال ابن الهمام، فقد اتفقوا على المعنى وبقى نزاعهم فى الاسم فقط، وهو أمر يتبع الاصطلاح، والمدار فيه على أن يكون الاسم مفهماً للمراد.

المطلب الرابع

رأى الفقه الأصولى الشرعى المعاصر

فى العودة إلى الحكمة التشريعية عوضاً عن العلة فى امتداد الحكم

سواء بالقياس أو بالتفسير الواسع

إن من أهم المسائل التى أكون قد توصلت إليها من بحثى للعلة على النحوم سالف البيان هى مسألة استخدامها كضابط فى تعليل الأحكام الجنائية فى الشريعة الإسلامية الغراء وفى القانون .

وقد ألقيت فيما سلف الضوء على الرأى السديد المعاصر الذى وجدته فى فقه الأصول، وقوامه أن العلة بمدلولها وشروطها المعروفة فى كتب ومؤلفات أصول الفقه إنما استحدثت بعد القرن الأول الهجرى لمزيد من التحرز والضبط لاستخدامها. أما أصل التعليل فى الأحكام الشرعية فى عهد الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم فكان يتأسس على الحكمة التشريعية بدون كل هذه الضوابط والشروط التى أطنبت فى ذكرها وبيان تقعيدها عند علماء الأصول بعد القرن الأول لكى أدلل على صحة هذا الرأى ووجاهته، إذ لم تعد العلة بعد كل هذه التفريعات والضوابط المختلفة فيها بين فقهاء الأصول، لم تعد حتى مؤدية للغرض الذى من أجله ابتكرها العلماء ألا وهو كونها أكثر انضباطاً من الحكمة وتحديداً. وعليه فقد انتهيت إلى أن فكرة المصلحة بمعناها الجامع والمنبثقة من الحكمة التشريعية تصلح شرعاً وقانوناً لتأسيس وتعليل الأحكام .

وأختم هذا الجزء ببيان مذهب محكمة النقض فى المسألة لكى أبين أن المحكمة العليا وإن درجت على ترديد كونها تؤسس الأحكام على العلة وليس الحكمة، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون ترديداً نمطياً كثيراً ما خالفته المحكمة مكتفية بالحكمة التشريعية بمعناها الواسع البعيد عن شروط وقيود العلة .

وتدخل تلك العبارات المكررة فى أحكام المحكمة العليا فى إطار مجموعة " العبارات " التى تتكرر فى الأحكام بصفة دورية، والتى تخاطب بها المحكمة العليا المحاكم الأدنى أكثر مما تلزم بها نفسها كما نعتقد.

- **التمييز بين العلة وبين السبب والشرط والحكمة :**

السبب هو معنى منضبط جعله الشارع أمارة للحكم. ولا يفترض أن يكون بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة. وهو بهذا المعنى يبدو أعم من العلة عند

الجمهور. وقد خالف الأمام الشاطبى هذا الاتجاه بين التمييز بينهما. فهو يعرف السبب بأنه كل ما وضع شرعا لحكم لحكمة يقتضيها ذلك الحكم، فالسبب والعلة مترادفان[1].

<u>ومن الأصوليين من رأى أن السبب والعلة مختلفان لوجود فرقين بينهما:</u>

أولهما : أن السبب هو ما جعله الشارع معرفا للحكم، وأفضى إلى الحكم من غير تأثير فيه كالدلوك لوجوب الصلاة[2] .

أما **العلة :** فهى كل ما جعله الشارع معرفاً للحكم، وأفضى إليه مع التأثير فيه. كاعتبار القتل العمد علة للقصاص. فكأن السبب على ما يحصل الشئ عنده لا به. وأما العلة ، فتعنى ما يحصل الشئ به.

ثانيهما : أن العلة تقتضى الحكم مباشرة أى دون واسطة. ولا يتراخى الحكم عنها. أما السبب فيقتضى الحكم بواسطة ويتراخى عنه حتى تتوافر الشروط وتنتفى الموانع[3].

أما **الشرط :** فهو الوصف الظاهر المنضبط الذى يتوقف عليه وجود الشئ من غير إفضاء إليه. أى أن وجود المشروط ليس بلازم بخلاف العلة والسبب.

وأما **الحكمة :** فهى المصلحة المقصودة للشارع من تشريع الأحكام، فهى ما قصد إليه الشارع فى تشريعه من جلب نفع أو دفع ضرر. والفارق بينهما وبين العلة، أن الحكمة قد لا تكون منضبطة، ولذلك فإن الحكم لا يدور معها وجودا وعدما بخلاف العلة.

ويظهر الفارق بينهما فى المثل الآتى:

علة النسب للولد هى الزواج الصحيح. وهو الوصف الذى بنى عليه ثبوت النسب للولد المولود أثناء الحياة الزوجية. ولكن الزواج الصحيح ليس غاية فى ذاته لأن الغاية أو الحكمة منه هى التناسل وحفظ النسل وتربيته. وقد جعل الزواج الصحيح علامة ظاهرة تحقق بها الغاية، وهى الاتصال الجنسى المؤدى

---

[1] د / محمد شريف : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٠.

[2] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٣٦٠.

[3] – الأستاذ / البكرى : **المرجع السابق** ، ص ٥٩٣ .

– د/ بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص ٢٦٣ .

مباشـــرة إلى التناســـل. إذ لا يمكن تعليق النســـب بعلامة غير ظاهرة، وهى الاتصال الجنسى؛ لأنه أمر يصعب التحقق منه وضبطه.

ويرى بعض الفقهاء بحق، أن هذه التفرقة الدقيقة بين العلة والحكمة هى حصيلة الفن الفقهى والأصولى، وليست من المسائل الفقهية المعروفة فى العهد الإسلامى الأول. بل إننا نجد أن العلل الواردة فى الكتاب الكريم هى فى حقيقتها لا تعدو أن تكون مصالح، سواء كانت منضبطة أم غير منضبطة. وأن معظم اجتهادات عمر بن الخطاب رضى الله عنه وغيره من كبار الصحابة والتابعين كان معللا بالمصلحة. كما هو الحال فى إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم ، وتوزيع الأراضى الخراجية على الفلاحين.

ولذلك فإن هذا الجانب من الفقه يرجح الرأى القائل أن عدول الأصـــوليين عن التعليل بالحكمة إلى التعليل بالأوصـــاف الظاهرة المنضـــبطة ليس إبطالاً للتعليل بها، وإنما هو من أجل الضبط. ومع ذلك فإن كثير من كبار الأصـوليين مزجوا فعلاً بين العلة والحكمة، ولم يعيروا التفرقة بينهم اهتمامهم[1].

وفى ذلك يقول إمام الحرمين فى كتابه البرهان: أن الأصوليين أرادوا ضبط التعليل بضوابط حتى لا تترك لاصطلاح كل واحد فيقع الخلط فى الاجتهاد، بعد أن قرر أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعللون بالمصالح، ويتبعونها فى اجتهادهم ولكنهم لم يضبطوا هذه المسالك، وأن الرواة لم يضبطوها كذلك[2].

وجاء فى شـــرح عضـــد الدين لمختصـــر ابن الحاجب: فلو وجدت حكمة مجردة وكانت ظاهرة بنفســـها منضـــبطة، بحيث يمكن اعتبارها ومعرفتها جاز اعتبارها، وربط الحكم بها على الأصـــح. ذلك لأننا نعلم قطعاً أنها المقصـــودة للشـــارع. واعتبار المظنة لأجلها لمانع خفائها واضـــطرابها. فإذا زال المانع من اعتبارها جاز اعتبارها قطعاً[3]. وصـــرح الكمال بن الهمام فى كتابه القيم (التحرير) "أن العلة الحقيقية للحكم هى الأمر الخفى المســـمى حكمة، وأن الوصف الظاهر هو مظنة العلة لا نفس العلة "[4].

وفى ضوء ما تقدم لا أتردد فى الدعوة مع هذا الجانب من الفقه الأصـولى المعاصـــر إلى مبدأ التعليل بالحكمة لا العلة. ولا أرى أى مبرر لإثارة هذا

---

[1] الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ٣٦٥ .

[2] الإمام / الجوينى : البرهان ، **المرجع السابق** ، ص ٥٦٠ .

[3] عضد الدين الايجى : **مختصر ابن الحاجب** ، مطبعة حسن حلمى الريزوى ، ١٣٠٧هـ ، ص ٥٨١ .

[4] الكمال بن الهمام : **المرجع السابق** ، ص ٦٣٠.

الموضوع فى مجال الاجتهادات القانونية، إذ ليس للقانون أى شأن بالعلة بمعناها الفنى الذى تواضع عليه الأصوليين لسد بعض الثغرات الفقهية.

لا سيما وأن السبب الذى دعا فقهاء الشريعة إلى الأخذ بالعلة دون الحكمة ليس أصلاً مقنعاً. وقد ساق الفقه الداعى إلى ذلك الحجج التالية تأكيداً لرأيه:

١- أن العلة طبقا لتعريفهم لها هى مظنة الحكمة، أى أنها ليست شاهداً يقينياً على وجود الحكمة أو المصلحة .

٢- أن قولهم أن الحكمة قد تكون أمراً خفياً قول لا يصح أن يبرر العدول عنها، والأخذ بالعلة دونها، لأنها إذا كانت أمراً خفياً أحياناً، فهى غير عصية على الإثبات. ومع ذلك فإن هناك حالات قد تكون فيها العلة أمراً خفياً، كذلك فقد رأى الفقهاء أن الغضب فى الحديث الشريف (لا يقضى القاضى وهو غضبان) هو علة النهى عن القضاء. ومع ذلك فإن الغضب من الحالات النفسية التى يمكن إخفاؤها أحياناً وقد يستعصى إثباتها[1].

ولما كان القياس المستند إلى الاشتراك فى العلة قد يؤدى أحياناً إلى عدم الاشتراك فى الحكمة (أو المصلحة)، لذلك رأى بعض علماء الشريعة العدول عن الأخذ بالقياس القائم على اتحاد العلة إلى قياس يقوم على اتحاد الحكمة أو المصلحة بين المقيس والمقيس عليه. وهذا القياس الأخير هو الذى أطلقوا عليه اسم (القياس الخفى)، والحق أن كلاً من فكرة القياس الخفى، وفكرة الاستحسان كانت وسيلة للخروج من ربقة قياس لا تتحقق به المصلحة أحياناً[2].

---

[1] د/ عبد الحميد متولى : **المرجع السابق** ، ص ١٩٨ وما بعدها .

[2] الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٥١ .

مطلب ختامى
أحكام محكمة النقض
المفرقة بين العلة والحكمة من جهة الأثر القانونى

ما انفكت محكمة النقض الموقرة تردد فى أحكامها أن العبرة فى امتداد حكم ما على وقائع جديدة هى بتوافر العلة وليس الحكمة. وفى ذلك قضت المحكمة أن "لا تنطبق المادتان ٢٠٦، ٢٠٦مكرر من قانون العقوبات إلا إذا كان التقليد منصباً على رمز مخصوص يصدق عليه كونه علامة... وذلك لا يقبل القياس مهما توافرت حكمته لأن الأحكام تدور مع مناطها لا مع الحكمة منها لن النصوص المبنية للجرائم والمرتبة للعقوبات من القانون الضيق .."[1].

وفى ذات المعنى قررت المحكمة العليا "الأصل انه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية ..أنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها ... فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أياً كان الباعث.. ولا بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما تكون عند غموض النص، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لا مع حكمتها .."[2].

غير أننى تتبعت أحكام المحكمة العليا التى عولت فيها على الحكمة التشريعية وليس العلة، سواء صرحت بذلك أو أعملت مقتضاه دون تصريح، فوجدت تلك الأحكام كثيرة ومتنوعة. وتعبيراً عن ذلك الاتجاه جرى قضاؤها فى حكم حشدت فيه كل القواعد الكلية التى تحكمها عند تفسير النص الجنائى ومن بينها فكرة المحكمة عن العلة واستعمال هذه الفكرة فى تضييق مدلول نصوص التجريم" حيث قضت بأنه "لا يجوز الخروج عن النص متى كان واضحاً جلى المعنى قاطعاً فى الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته ... إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها وليس مع حكمته"[3].

وفى بعض الأحيان وجدنا أن محكمة النقض تتحدث عن العلة من وراء النص ولكن تحت مسمى "المناط". مستخدمة فكرة المناط أو العلة كأسلوب فى التفسير يؤدى إلى تضييق مدلول نص التجريم. من ذلك ما قضت به من أن "الموظف العمومى المشار عليه فى المادتين٢١١، ٢١٣من قانون العقوبات هو كل من يعهد إليه بنصيب من السلطة... ولم ينص الشارع فى باب التزوير على

---

[1] الطعن رقم ٩٥٠ جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٩ السنة ٢٠ ص ١٤٦٧.

[2] الطعن رقم ١٩٨٤٤ جلسة ١٩٩٤/٣/٢ السنة ٤٥ ص ٣٤٠.

[3] الطعن رقم ١٢٣٦ جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٨ السنة ٣٣ ص ٨١٧.

الشـخص المكلف بخدمة عامة... ولو أراد الشـارع التسـوية بين القائم بخدمة عامة وبين الموظف العمومى فى باب التزوير لنص على ذلك صراحة كما نص فى المادتين١١١، ١١٩... وقد دل الشـارع بما نص عليه فى المادتين ٢١١، ٢١٣من قانون العقوبات أن مناط العقاب على تغيير الحقيقة فى الورقة الرسمية هو أن يكون محررها موظفاً عمومياً ... وقالوا بغير ذلك يؤدى إلى توسـعة نطاق الجريمة عن الحد الذى حدده الشـارع فى المادتين المذكورتين ومخالفة لصريحة نصها ... "[١].

ومن ذلك ما قضت به المحكمة من أنه "من المسلم به فى منطق القانون أنه لا عقوبة بغير نص ولم تنص المادة ٤٦ من قانون العقوبات على عقوبة الغرامة النسـبية التى يحكم بها فى حالة الجريمة التامة فى جرائم الاختلاس والحكمة فى ذلك ظاهره وهى أن تلك الغرامة يمكن تحديدها فى الجريمة التامة على أسـاس ما اختلسـه الجانى ...أما فى حالة للشـروع فإن تحديد تلك الغرامة غير ممكن لذاتية الجريمة ... "[٢].

وقد استطاعت المحكمة العليا كما هو بادٍ من هذا الحكم أن تضيق من دائرة العقاب باستخدام فكرة "الحكمة" ودون أن تتطرق إلى فكرة "العلة".

ومما يؤكد هذا النظر أن المحكمة الموقرة قد جمعت بين المصـطلحين "المناط أو العلة والحكمة" أحياناً دون أن تفرق بينهما من ذلك ما قضـت به من أنه " لما كان قضـاء محكمة النقض قد جرى على أن مناط الإعفاء الذى تتحقق به حكمة التشـريع وفقاً للمادة ٤٨ من القانون ١٨٢لسـنة ١٩٦٠هو تعدد الجناة المساهمون فى الجريمة .. فإن لم يثبت أن هناك جناة آخرين ساهموا مع المبلغ فى الجريمة فلا يتمتع بالإعفاء لانتفاء مقوماته وعدم تحقق حكمة التشـريع وهو تمكين السـلطات من الكشـف من تلك الجرائم الخطيرة ... وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتنق هذا النظر وخلص بحق إلى عدم تمتع الطاعن بالإعفاء المشـار إليه لانتفاء مقوماته والحكمة من تشـريعاته فإن النص عليه يكون غير سديد "[٣].

وقد اسـتعملت المحكمة العليا فكرة الحكمة التشـريعية عند قيامها بتفسـير النصـوص الجنائية متحررة تماماً من الضـوابط والقيود التى تمليها فكرة العلة. وتستخدم محكمة النقض مصطلح "الحكمة من التشريع" مرادفاً لمصطلح "قصد

---

[١] الطعن رقم ١١٨٩ جلسة ١٩٦٠/٢/١٦ السنة ١١ ص ١٦٨.

[٢] الطعن رقم ١١٦٧ جلسة ١٩٥٨/١٢/٢ السنة ٩ ص ١٠٢٠.

[٣] الطعن رقم ١٠١٠٦ جلسة ١٩٩٥/١/٣ السنة ٤٦ ص ٧٤.

المشـرع". ومن ثم فأحياناً يدور تفسـير المحكمة العليا للنص مع الحكمة الكامنة وراءه معبرة عنه بـالحكمـة التشـــريعيـة أو قصـــد المشـــرع أو جـامعـة بين المصـطلحين. ومن ذلك ما قضـت به من أنه "أن الغموض لا يحول دون تفسـير النص على هذى ما يستخلص من قصد المشرع"[1].

وفى ذات المعنى قضـــت المحكمة العليا كذلك بأن "... وكان الشـــارع بما ضمنه قانون المحاماة من أحكام خاصة بانتخاب نقيب المحامين وترتيبه البطلان على مخالفة تلك الحكام قد قصـــد تنظيم هذه المســـألة على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه وذلك التزامه بمقتضـــيات الصـــالح العام التى يســـتقل المشـــرع بمبرراتها ودوافعها ..."[2].

ومن أمثلة جمع المحكمة العليا للمصـــطلحين معاً ما قررته من أنه "متى كانت المحكمة قد أسـست قضـاءها على القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ من قانون الإجراءات الجنائية التى طلبت النيابة تطبيقها تشـــترط لجواز المادة للنظر أن يكون المتهم قد حكم عليه بعقوبة من العقوبات الخاصـة بالأحداث وأن المقصـــود من ذلك العقوبة التقويمية المقررة للأحداث والتى لا يقضـــى بها على ســـواهم فإنها تكون قد أولت عبارة العقوبات الخاصـــة بالمتهمين بالأحداث "الواردة بالفقرة الثانية من المادة المذكورة تأويلاً صـــحيحاً متفقاً مع مقصـــود الشارع ومع المحكمة التى توخاها الشارع من استحداث هذا النص"[3].

ونحن نرى أنه فى أحيان أخرى تعمل المحكمة الموقرة تفســـيرها للنص الجنائى باسـتعمال " الحكمة "وبذلك ينتج لها توسـيع فى دائرة التجريم. من ذلك ما قضـــت به من أنه "... يدخل فى مدلول مســـكن الزوجية كل المســـاكن التى يملكها المتهم ... ولو كان يقيم فيها بصـــورة مؤقتة وبدون زوجته ... وذلك فى خصـوص المادة ٢٧٧ عقوبات"[4]. وفى هذا الحكم توسـعت المحكمة الموقرة فى مدلول " منزل الزوجية " بما يوسـع من دائرة التجريم على الزوج الذى يقترف جريمة الزنا. وأرى أن ترديد المحكمة العليا أن الأحكام تدور مع علتها لا مع حكمتها، لا يتعارض مع ما سـقناه من أمثلة على قضـائها الذى يؤسـس تفسـير النصـــوص على الحكمة . ولكن يبدو أن المحكمة تعمل كلاً من القاعدتين فى

[1] الطعن رقم ١٠١٥ جلسة ١٩٧٥/٦/٢٢ السنة ٢٦ ص ٥٥٨.

[2] الطعن رقم ٢١٢٢٥ جلسة ١٩٩٣/٢/٢١ السنة ٤٤ ص ١٩.

- الطعن رقم ١٣٦٨ جلسة ١٩٦٠/١١/٢٨ السنة ١١ ص ٨٣٠.

[3] الطعن رقم ١٥٢٣ جلسة ١٩٥٨/٣/٤ السنة ٩ ص ٢٢٦.

[4] الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢٢ **مجموعة عمر** الجزء السادس ص ٣٥٦ جلسة ١٩٤٣/١٢/١٣ بتصرف يسير لبيان المقصود مختصراً.

مجال إعمال مختلف وبضابط محدد. ويمكننا استجلاء هذا الضابط من قضائها بأن "متى كان النص واضحاً جلى المعنى قاطعاً فى الدلالة على المراد منه، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته؛ لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، مما يكون معه القاضى مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه، والقصد الذى أملاه، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها. ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم"[1].

من العرض السابق لهذه التطبيقات القضائية أن محكمتنا الموقرة قد اختطت لذاتها خطة تفسيرية يمكن تلخيصها فى النقاط التالية :

١- إن محكمة النقض تلجأ إلى فكرة "العلة" دون الحكمة عندما تكون بصدد نص ذو مدلول لفظى واسع وفضفاض. ومن ثم تلجأ إلى "علة الحكم" لتتوصل باشتراط توافرها إلى تفسير ضيق للنص .

٢- إن محكمة النقض تسمى "العلة" أحياناً "بالمناط" وهذه تسمية دقيقة إذ أن المناط هو جوهر ومضمون "العلة" كما تبين من عرضنا السابق.

٣- إن محكمة النقض تنحى فكرة العلة وتركز على "الحكمة" كلما أرادت التوسع فى تفسير نص ما .

٤- إن محكمة النقض تسمى الحكمة أحياناً "بقصد الشارع".

- **تقييمنا للخطة التفسيرية المستقرأة فى أحكام المحكمة العليا:**

إننى أرى أن فكرة "قصد الشارع" كانت تكفى محكمتنا الموقرة وتغنيها عن الحديث تارة عن مناط الحكم أو علته وتارة عن الحكمة التشريعية الكامنة وراء النص. وإننى أرى أن فكرة "قصد الشارع" فضفاضة ويمكن استعمالها للتضييق من معنى النص أو التوسع فى تفسيره على حد سواء، دون أن تلجأ المحكمة الموقرة لفكرة العلة كلما أرادت السير صوب التضييق من معنى النص.

---

[1] – جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ نقض جنائى س ١٩ ،ص ٢٣٣ .

وبنفس المعنى :

- جلسة ١٩٦٧/١٢/١٩ نقض جنائى س ١٨ ،ص ١٦٨٦ .
- جلسة ١٩٧٣/٤/٢٢ نقض جنائى س ٢٤ ،ص ٥٣١.

وقد رأينا من التطبيقات القضائية المساقة آنفاً ما استندت فيه المحكمة العليا لفكرة "قصد الشارع" ليس من أجل التوسع فى التفسير كعادتها بل لكى تضيق من مدلول النص. إذاً فكل ما سبق يدل على دخول عبارات منع التعويل على الحكمة والاعتداد فقط بالعلة، دخولها ضمن طائفة المبادئ التى رصدناها فى العديد من جنبات هذه الدراسة والتى تقررها المحكمة الموقرة مخاطبة بها القضاء الأدنى الواقع تحت سلطان رقابتها، دون أن تلتزم هى بها.

وقد أوضحنا من قبل اعتقادنا بأن ذلك راجع إلى حرص محكمة النقض على توحيد القضاء وجعل السلطات الاستثنائية فى التفسير بيدها وحدها. ومن ثم تقييد حركة البحث الحر لقاضى محكمة الموضوع أثناء تفسيره للنصوص الجنائية ما دام لا يجد سابقة لمحكمة النقض فى الموضوع المطروح عليه .

المبحث الثانى
النظرية العامة للأنموذج القانونى للجريمة

ونتناول فى هذا المبحث النظرية العامة للأنموذج القانونى للجريمة، من خلال أربعة مطالب. المطلب الأول: ونتناول فيه فكرة الأنموذج القانونى فى الفقه الجنائى المقارن مدلولها، وموضعها فى النظرية العامة للقانون الجنائى. ثم نبين مدى الاستفادة من النموذج القانونى فى عملية تفسير النص. ونلفت النظر إلى العناصر الداخلة فى النموذج والمستمدة من عمل القاضى.

والمطلب الثانى يعرض صور خاصة للنموذج القانونى. وأما المطلب الثالث تناولنا فيه ضبط فكرة اللأنموذج القانونى للجريمة فى قضاء محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا. وأخيراً يأتى المطلب الرابع لنبين فيه فكرة الأنموذج القانونى فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

فكرة الأنموذج القانونى فى الفقه الجنائى المقارن مدلولها وموضعها فى النظرية العامة للقانون الجنائى

أولاً : مدلول فكرة الأنموذج القانونى للجريمة :

لما كانت القاعدة الإيجابية بمثابة الوعاء المحتوى على النموذج الإجرامى المحظور، وذلك فيما يكون منها شق الحكم، كما أنها تحدد فى شق الجزاء نوع ومقدار الجزاء المستحق على كل سلوك متطابق مع ذلك النموذج. فلا شك إذاً فى أن تحليل الجريمة إلى عناصرها، أمر يستقى من نموذجها كما وصفه النص الخاص بها. وهناك فرق بين الجريمة كنموذج مجرد وصف النص تفاصيله وبين الجريمة كسلوك واقعى، إن الفقه بوصفه علما يدور حول قواعد القانون، إنما يعنى بدراسة وتحليل هذه القواعد فى ذاتها ، وبالتالى فإن صميم موضوعه هو تحليل الجريمة كنموذج مجرد وصفته القاعدة الجنائية الإيجابية، فى حين أن تحليلها كسلوك واقعى يكون موضوع العلوم الجنائية الواقعية (علم طبائع المجرم وعلم الاجتماع الجنائى).

فالقاعدة الجنائية التى تنص على الجريمة هى التى يمكن عن طريق تحليلها استخلاص عناصر هذه الجريمة منها. وهذا الاستخلاص يأخذ أحد منحنيين، فإما أن نحلل كل قاعدة جنائية إيجابية على حدة، لنستعرض كل جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى القانون واحدة فواحدة، ونبين عناصر كل منها. وهذا أمر ليس موضعه النظرية العامة للجريمة، وإنما مكانة فى المنهج المخصص لدراسة مفردات الجرائم كما وردت فى القسم الخاص من قانون العقوبات[1].

ذلك لأن القواعد الجنائية، ونحن فى مجال النظرية العامة للجريمة، لا تعنينا منها مفرداتها منظور إلى كل منها على حدة، بقدر ما يهمنا منها استظهار ما يجمع بينها وكذلك ما تختلف فيه من وجوه افتراق. لأن هذا الاعتبار الأخير باحث علمى يريد الصعود من الخصوصيات إلى العموميات ليبنى نظرية عامة.

---

[1] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر**، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص ٣٥.

ثانياً : تطور فكرة الأنموذج القانونى فى الفقه المقارن :

وقد كان للفقه الألمانى فضل توجيه الانتباه إلى أهمية توافر عناصر النموذج الإجرامى أو تخلفها فى سلوك إنسانى ما. وذلك منذ أن وضع الأستاذ **Beling** مؤلفه الشهير حول هذا النموذج. غير أن دور ذلك الفقه وقف عند حد التنبه إلى أهمية النموذج الإجرامى بدون أن يضع لهذا النموذج نظرية عامة. ويرجع إلى الأستاذ الإيطالى **Grispigni** فضل السبق فى بناء هذه النظرية، وذلك فى نطاق الفقه العالمى بأسره[1].

والجرائم على تنوعها وتعددها نماذج من السلوك الإنسانى المحظور. ومن ثم فإن النظرية العامة التى تستخلص منها، تدور أولاً وقبل كل شئ، على تحديد النموذج الإجرامى للسلوك الإنسانى. وذلك بحصر المظاهر المادية اللازم أن يتخذها هذا السلوك لكى يتكون منه ذلك النموذج. هذا الحصر إنما يتأتى من دراسة النماذج المختلفة للجرائم والمقارنة فيما بينها.

ثالثاً : الفوائد العلمية لنظرية النموذج القانونى للجريمة :

الفائدة الأولى : أنه يشدد الانتباه إلى خصوصية يجب توافرها ماديا فى السلوك الإنسانى كى يعتبر جريمة. فلا يفوت القاضى أو أى مشتغل بتطبيق القانون إدراك خصوصية ما من الخصوصيات اللازمة لذلك. وإلا فإنه عند غياب فكرة النموذج الاقنونى عن ذهن المفسر يتزايد خطر نعت السلوك بوصف الجريمة، رغم تخلف شرط أو أكثر من شروط هذا الوصف القانونى.

والواقع أن إبراز كل دقائق النموذج الإجرامى للسلوك المحظور أمر له لزومه ليس فى البلاد الآخذة بقاعدة الشرعية بالمفهوم التقليدى الضيق، وإنما كذلك حتى فى البلاد التى تأخذ بجواز القياس فى التجريم. إذ يتعين أن تتحدد بوضوح الجرائم المنصوص عليها حتى يمكن أن يجرى القياس عليها[2].

الفائدة الثانية : أنه، أى الأنموذج القانونى للجريمة، يساعد على عرض مفردات الجرائم بأسلوب علمى مستقل عن النظام الذى اتبعه فى هذا العرض قانون العقوبات نفسه. فالغالب فى قوانين العقوبات للدول المختلفة هو أن

---

[1] د / رمسيس بنهام : **المرجع السابق** ، ص ٣٣٢.

[2] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، **المرجع السابق** ، ص ٤٧ . وهذه النقطة التى توقف عندها الفقه الجنائى هى ما أكملنا منها فكرتنا حول الاستعمال المستحدث لنظرية النموذج القانونى فى مجال التفسير ، وفى بناء المعيار المفرق بين نوعى القياس كما سيأتى .

تعـــــرض الجرائم المعاقب عليها بادئة بتلك التى يعتبر موضـوع الاعتداء فيها ثابتا للدولة كنظام قانونى للجماعة، ثم الجرائم التى يعتبر موضوع الاعتداء فيها ثابتاً للأفراد. باعتبار أن حقوق الدولة أهم من حقوق الأفراد، وإن كانت صـيانة النوعين من الحقوق لازمة لكيان المجتمع.

على أنه مع التسـليم بهذا التدرج فى أهمية الحقوق موضـوع الوقاية، وبأن مكان الصدارة فى الجرائم المنصوص عليها يعطى لتلك الجرائم الماسة بأمـــن الدولة، ثم إلى تلك التى تضر بحسن سير الأداة الحاكمة، إلا أنه ليس بلازم التقيد بهـــذا الترتيب الـــذى يجرى عليه قانون العقوبات، حين يتعلق الأمر بشـرح النصوص القانونية بالأسلوب الفقهى. فقد يكون من الأفضل فـــى هـــذا الشرح البدء ببحث ودراسـة الجرائم المنصبة على حقوق الأفراد، رغم أن هذه الجرائم يجعل لها القانون بحسب ترتيبها فيه المكان الأخير[1].

وللتدليل على ذلك نضـــرب مثلا بفكرة " الإهانة " التى تكون القاســم المشترك بين عدة جرائم. فقد نصت عليها المادة ١٣٣ فى صدد إهانة البرلمان أو الجيش أو المحاكم أو السلطات والمصالح العامة، والمادة ١٨٥ فى شأن سب الموظف العمومة (بســبب أداء الوظيفة لا أثناءها). وذلك فى الكتاب الثانى الخاص بالجنايات والجنح المضـرة بالمصـلحة العمومية وبيان عقوباتها ، وإنما نصت على معنى الإهانة كذلك المواد ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، وهى وارده فى الكتاب الثالث الخاص بالجنايات والجنح التى تحصل لاحاد الناس. فلو اتبع ترتيب القانون، لا يوجد بد إذا ما أريد تفادى التكرار من الالتجاء إلى أحد أمرين، فإما أن يعالج معنى الإهانة كنظرية عامة بمناسـبة الكلام على الموارد ذكرها فى كتاب الجرائم المضـــرة بالمصـــلحة العمومية، وإما أن يرجأ الكلام عليها إلى حيث تعالج جريمة السب والقذف العامة، والتى تحدث بين آحاد الناس ، اكتفاء بالكلام على العنصـر المخصـص وحده، وهو كون الإهانة موجهة إلى أشخاص ذوى صفة معينة أو إلى جهات خاصة، وكلا الأمرين ليس مستحباً من وجهة النظر المنطقية[2].

ولهذا فالأفضـــل فى شـــرح تلك الجرائم أن يعكس ترتيب القانون لها. فيبدأ بعلاج الجريمـة العامـة الواردة فى الكتـاب الأول من قـانون العقوبـات للانتقـال بعدها إلى تناول الجرائم الخاصـــة الواردة فى الكتاب الثانى. هذا مثال من عدة أمثلة، يوضـــح كيف أن المقارنة بين النماذج الإجرامية لحصـــر ما تتفق وما

---

[1] د / عبد الفتاح مصـطفى الصـيفى : **القاعدة الجنائية دراسـة تحليلية لها على ضـوء الفقه الجنائى المعاصـر، المرجع السابق** ، ص ٤٨ .

[2] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٤٩ .

تفترق فيه أمر ذو فائدة فى اكتشـــاف الترتيب المنطقى الذى يجرى عليه شـــح الجرائم المختلفة والتسـلسـل الواجب أن يتم به هذا الشـرح. وذلك دون التقيد بترتيب القانون. فالنظرية العامة للنموذج الإجرامى لا غناء عنها حتى لشـــرح القسم الخاص من قانون العقوبات[1].

الفائدة الثالثة : أن للمقارنة بين النماذج الإجرامية لتحديد ما يكون من العناصـر قاسـما مشـتركا بينها، وما يكون مميزاً منها على البعض الأخر، تفيد فى إلقاء الضـــوء على معنى كل نموذج على حده وعلى الأخص فى نطاق النماذج المتشابهة .

فاســتظهار معنى "الاختلاس" كقاســم مشــترك بين جريمة خيانة الأمانة المنصـــوص عليها فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، وبين جريمة حبس الشىء أو الحيوان الضائع بنية تملكه، وبين جريمة الاختلاس الواقع من موظف عمومى والمنصوص عليها فى المادة ١١٢ع، أمر له أهميته فى إيضاح السلوك المكون لكل جريمة من هذه الجرائم على النحو لا يختلف فى الوحدة عن الأخرى .

ذلك لأنه بدون اكتشـــاف لوجوده الاتحاد ووجوده الافتراق يحتمل، و هذا يحدث كثيراً فى العمل، أن يعطى لعبارة أحد النصـــوص معنى مختلف عن ذلك الذى يعطى لنفس العبارة عند ورودها فى نص آخر، مع أن معناها فى النصـين واحد[2] .

وقد حكمت محكمة النقض بأن "جب الرجوع فى استخلاص نطاق الجريمة إلى النص الذى عرفها"[3]، وبأنه " ليس فى المادتين٢١١، ٢١٣ من قانون العقوبات ما يدل على أن الموظف العمومى فى جريمة تزوير المحرر الرسمى، يندرج فى نطاق الشخص المكلف بخدمة عامة، لأنه لو شاء المشرع ذلك لذكره صراحة كما فعل المادتين١١١، ١١٩من قانون العقوبات"[4].

---

[1] د / آمال عثمان : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٩ .

[2] د / عبد الفتاح مصـطفى الصـيفى : **القاعدة الجنائية دراسـة تحليلية لها على ضـوء الفقه الجنائى المعاصـر، المرجع السابق** ، ص ٥١.

[3] جلسة ١٩٦٠/٢/١٦ نقض جنائى س ١١ ص ١٦٨

[4] نقض ٢٥ فبراير ١٩٦٠ مج ١١ رقم ٣٣ ص ١٨٦ .

- جلسة ١٩٥٩/١٢/٢٢ س ١٠ ص ١٠٥٥ .
- الطعن رقم ٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٤ س ٦ دستورية ص ٨٥٦ .

والجدير بالذكر فى هذه المثابة أن إثبات التطابق بين السلوك والنموذج القانونى لجريمة ما هو حكم تقديرى يصدره القاضى إذ يتحقق من أن المظاهر المادية التى اتخذها سلوك المتهم هى بعينها تلك التى ورد وصفها فى النموذج الإجرامى. ولما كان الظرف المبيح عند قيامة، أمراً يتوافر هو الآخر فى الركن المادى إلى جانب سلوك المتهم وبالإضافة إليه. ومن ثم يكون تخلفه قابلاً للتحقق منه بالرجوع إلى الواقع الفعلى الذى أحاط بإتيان السلوك. وبناءً على ذلك فإنه يمكن القول بأن تطابق السلوك مع النموذج الإجرامى الموصوف فى القانون، مع عدم الوجود المادى لظرف من ظروفه المبيحة، أمران يتكون من مجموعها المادى للجريمة[1].

ولكن وإضافة لما تقدم، فإن السلوك قد يتطابق فى مظاهره المادية مع النموذج الإجرامى، ولا يتوافر معه مادياً أى ظرف مبيح، ومع ذلك لا يكفى لتوافر الجريمة من جانب صاحب هذا السلوك لأنه وإن كان قد صدر ظاهراً من جوارح هذا الأخير، إلا أنه لم يكن منبعثاً من نفسيته، بأن كان وليد إكراه مثلاً. ولذلك فإن الشرط الذى يضاف إلى ما سبق لقيام الجريمة بسلوك الفاعل، أى يجب أن يتحقق شرط ثالث مع الشرطين السابقين هو انتماء هذا السلوك إلى نفسية صاحبه[2].

رابعاً: عناصر الجريمة الثلاث كما تظهرها النظرية العامة للأنموذج القانونى:

العنصر الأول : سلوك مطابق مع نموذج إجرامى وصفه القانون. وهو العنصر الذى يعنينا تبيانه وبناء المعيار المقترح للتفرقة ٠٠٠٠٠٠ عليه.

والعنصر الثانى : عدم اقتران هذا السلوك بظرف مبيح .

والعنصر الثالث: انتماء السلوك ذاته إلى نفسية صاحبة.

وبينما العنصران الأول والثانى يتكون منهما الركن المادى، فإن العنصر الثالث، يتحقق به الركن النفسى. وليس الركنان المادى والنفسى انعكاساً للحقيقة الواقعية وجدا تسجيلاً فى نص القانون. ذلك لأن الجريمة سلوك إنسانى، شأنها

---

[1] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ٥٥.

[2] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ٧٤ وما بعدها .

- د / أحمد صفوت : **شرح لقانون العقوبات المصرى** ، الطبعة الثانية ، مطبعة القاهرة ،١٩٣٣، ص ٦٠.

كالإنسان الذى يرتكبها، والإنسان كائن مزود بجسم ونفس وشخصية بها وجهها المادى الظاهر، ووجها الروحانى الباطن. ليس السلوك إلا اقتران الطاقة النفسية بطاقته الجسمية .

ومن ثم فإنه بينما يمثل الركن المادى الجريمة وجهها الظاهر الملموس، يعبر ركنها المعنوى عن وجهها الداخلى الباطنى. أى انبعاثها من نفسية مرتكبها، وكون هذا الأخير قصد السلوك المكون لها وأراد النتيجة التى ترتبت عليه.

ومن البديهى أن تطابق السلوك مع النموذج الإجرامى لا يصح أن يقتصر على الشق المادى الظاهر من السلوك بل يجب امتداده كذلك إلى الشق النفسى الباطنى. وذلك لأن القانون يستلزم فى النموذج الإجرامى أحياناً أن يتوافر القصد الجنائى، وبالتالى يكون السلوك المجرد من هذا القصد غير متطابق مع النموذج باطنياً، وإن كان قد تطابق معه ظاهرياً.

غير أن الوجه الخارجى الظاهر للسلوك هو أول ما يسترعى الانتباه فى السلوك ذاته. كما أن المظاهر المادية التى سلوك متعددة إلى درجة ما يصل التعدد فى الصور التى يتخذها الركن المعنوى. وذلك لأنه بينما لا تتعدى صور هذا الركن ثلاثة هى القصد أو الإهمال، أو المزج منهما توجد على العكس كثرة من المظاهر الخارجية للسلوك الإجرامى تكاد تفوق الحصر، ولهذا السبب يستلزم الركن المادى للجرائم المختلفة نظرية عامة للنموذج الإجرامى تضم شمله وتجمع شتاته، ويعتبر أحوج من الركن المعنوى إلى مثل هذه النظرية .

إن المراد بالنموذج الإجرامى، كما قلنا، الصورة المادية للجريمة كما رسمتها القاعدة الجنائية الإيجابية، أى تلك الصورة اللازم أن يتخذها السلوك الإنسانى مادياً حتى يكمن وصفة بالجريمة. ولاشك فى أن استقرار حكم القانون وتفادى الهوى والتحكم فى عقاب المواطنين أمران يستلزم كل منهما أن يكون النموذج الإجرامى الوارد فى قاعدة قانون العقوبات، بالغاً من دقة التحديد والوضوح حداً لا يدع مجالاً لاختلاف الرأى فى مضمونه ومعناه[١].

وجمهور الفقه يرى أنه ليس بلازم فى تجريم سلوك إنسانى معين ، أن يندرج فى القاعدة المعاقبة على هذا السلوك تعداد لكل الصور التى يمكن عملا

---

[١] د / آمال عثمان : **المرجع السابق** ، ص ١٥٤.

أن يتمثل فيها. فكثيراً ما يكون النص قد اغفل هذا التعدد عن عمد خشية أن يجئ قاصراً فى الإحاطة بكافة الصور الجديدة بالعقاب[1] .

ولهذا فإن الجرائم تختلف من هذه الناحية على شكل جريمة ذات شكل محدد a Forma Vincolata، وأخرى ذات شكل حر A Forma Libra فمن قبيل الجرائم ذات الشكل المحدد، جريمة النصب مثلاً، ووجه تحديد نموذجها هو فى تطلب طرق احتيالية لسلب مال الغير، فى حين أن الجرائم ذات الشكل الحر مثالها الفعل الفاضح العنى إذا لم يسرد القانون صوره، والقتل العمد إذ لم يذكر القانون ما هى الصور التى يمكن أن يتم بها إزهاق الروح. ولكن عند التدقيق نجد أن جل الجرائم ذات نماذج حرة، وتفصيل ذلك أن مفهوم القاضى للواقعة من ناحية، وفهمه للنص من الناحية المقابلة يجعلان من المؤكد أن كل جريمة يكاد لا يخلو تحديد السلوك الممكن لها من نطاق يتفاوت سعة وضيقا باختلاف الجرائم. ومن ثم يعول فيه على تقدير القاضى فى فهمه للصورة المعروضة عليه، وإدراجه إياها تحت العبارة التى استخدمها النص فى الإفصاح عن نوع السلوك[2].

ولا أدل على ذلك من أن صور الكذب عديدة، وأنها ليس كل كذب مكونا للطرق الاحتيالية بالمعنى المقصود فى جريمة النصب، الأمر الذى يتطلب تقدير القاضى للبت فيما إذا كان الكذب المطروح أمره عليه يكون ركن الاحتيال أو لا يحققه. ومن ثم تبدو جريمة النصب هى الأخيرة ذات شكل حر رغم ذكرها، كمثال للجريمة ذات الشكل المحدد.

- **عناصر الأنموذج القانونى :**

والواقع أنه بتحليل النموذج الإجرامى إلى عناصره، يتبين أنه فى معظمه مكون من عناصر واصفة لأفعال أو أشخاص أو علاقات بين أشخاص ٠٠٠٠ الخ. إلا أننا نذكر الحديث عن العناصر التى يضعها القاضى أثناء قيامه بالتكييف والتفسير.

- **عناصر داخله فى الأنموذج مستمدة من عمل القاضى :**

---

[1] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، **المرجع السابق** ، ص ٧٨.

[2] د / رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص ٥٦٢ .

ففى هذا المجال يبذل القاضـــى فى صـــدد الواقعة المطروحة عليه محض نشاط استيعابى يستخدم فيه ملكه الوعى والإدراك . وهذا النشاط يسمى "تثبت" accertamento ، لأنه يهدف إلى التحقق عما إذا كانت تتوافر فى هذه الواقعة تلك العناصـر التى حددها النص ورسـمها. غير أنه قد يدخل فى تكوين النموذج الإجرامى ما يسمى بالعنصر التقديرى، وهو يتطلب من القاضى ذهنيا من نوع مختلف عن محض استخدام ملكه الوعى والإدراك ، وهذا النشاط استعمال لملكة الحكم ويسـمى تقييما أو تقديراً valutazion، لأنه يتمثل فى إصـدار حكم على شـئ ما، لا فى محض إدراكه ، ومن قبيل ذلك العنصـر التقديرى، الفعل المخل للحياء ففى جريمة الفعل الفاضـــح العلنى م٢٧٨ع، إذ يتوافق اعتبار الواقعة داخلة فى نطاق هذا الفعل أو خارجه عنه على تقدير من جانب القاضـــى يرجع إلى حكم السواد الغالب من الناس فى المجتمع الذى يباشر فيه ولاية القاضى[١] .

وأخيراً قد يدخل فى النموذج الإجرامى عنصـــر قانونى مثل ملكية الغير للمال فى الســـرقة أو واجب الوظيفة فى جريمة الرشـــوة، أو عقد الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة بلازم فى هذا العنصـــر القانونى على ما رأينا أن يتفق فيه تقدير القانون مع تقدير علم الطبيعة الكونية. ومن أمثلته فى ذلك الشـــخص المعنوى[٢] .

وأياً كانت صورة السلوك الذى يتكون منه النموذج الإجرامى، فإنه فى كل الحالات، وفى كافة النماذج، مادى خارجى بالنسبة لشخص صاحبة، بمعنى أنه ينبعث من هذا الشخص فى صورة مادية قابلة لن يعاينها الغير باستخدام حواس الإدراك. وحتى إذا كان النموذج الإجرامى يحتوى على إشـــارة إلى نفســـية أشـخاص آخرين غير الفاعل، كما فى القذف وفى السب فإن هذه النفسـية تعتبر هى الأخرى أمراً خارجياً بالنسبة للفاعل نفسـه. ولا تعتبر استثناء من ذلك حتى الجريمة المنصـوص عليها فى المادة ٧ من قانون رقم ٦٣ لسـنة ١٩٧٦، وهى الوجود بحالة ســـكر بين فى مكان أو محل عام. لأن محل التجريم فيها ليس هو محض الوجود على هذه الحالة النفســـية، وإنما هو التواجد فى طريق أو محل عمومى، إما بالبقاء فيه أو بالذهاب إليه على هذه الحالة ، ويؤكد ذلك أنه حتى إذا كانت حالة السكر راجعة إلى فعل الغير بدون إرادة السكران (السكر قهراً أو

---

[١] د / عبد الفتاح مصـطفى الصـيفى : **القاعدة الجنائية دراسـة تحليلية لها على ضـوء الفقه الجنائى المعاصـر، المرجع السابق** ، ص ٩٨ وما بعدها .

[٢] د / آمال عثمان : **المرجع السابق** ، ص ١٢٢.

بدون علم)، تتوافر الجريمة بالتواجد على هذه الحالة فى طريق أو محل عمومى[1] .

إلا أنه قبل التعرض إلى تفاصيل العناصر المادية الممكن أن يتشكل بها السلوك الموصوف فى ذلك النموذج ، لا نجد بداً من الحديث عن مسألة أثارها الفقه الألمانى، وتتعلق بما كانت توجد عناصر نفسية فى ذات الركن المادى المكون للنموذج الإجرامى رغم أن الأصل فى هذا الركن أنه مادى بحت .

ويرى الأستاذ Grisping جرياً على نهج الأستاذ Mezger أن الجرائم من الحالات التى يتوافر فيها عنصر نفسى فى النموذج المادى للسلوك الإجرامى، ومعنى ذلك أنه حيث يتخلف لدى الشاهد العلم بالكذب، ولدى النطق بالألفاظ المحتملة لأكثر من معنى قصد التحقير، وفى الاتفاق قصد الإجرام أو تيسير الإجرام ، تنتفى الجريمة لا لعدم وجود ركنها المعنوى، إنما لعدم وجود السلوك الحقيقى ماديا لها. رغم أن هذا العنصر من الممكن إدراكه فى كيفية " انتماء السلوك المادى إلى نفسية صاحبة، إلا أنه من المناسب فى خطة التقسيم والتبويب العلمى أن تعالج تحت عنوان "الركن المادى". أى "النموذج الإجرامى"، وذلك بطبيعتها الخاصة، ولأن السلوك المفصح عنه لا يتعدى فى وجوده المادى محض هذا الإفصاح، ولا يتجاوز إلى تحقيق أى نتيجة أخرى غيره فى الكون المادى[2].

ومما تقدم يبدو أنه إذا كان لا يوجد بد من التسليم بوجود عناصر نفسية تعالج رغم طبيعتها الباطنية فى إطار النموذج الإجرامى مع أن الأصل أن هذا الإطار يحتوى على السلوك من حيث كونه مظهراً خارجياً محسوساً، فإنه لن يكون لذلك محل، على ما رأينا، إلا فى مجال جرائم الميل النفسى أو الباعث وجرائم "التعبير"، والجرائم التى يفترض السلوك المادى المكون لها توافر أو عدم توافر "علم" معين. ففى الفئة الأولى يلزم إيضاح الحالة النفسية فى سبيل أن ينضبط تحديد الركن المادى. وفى الفئة الثانية ليس السلوك المادى فى حقيقته إلا محض تعبير يغلب فيه أن قولاً شفوياً أو مكتوباً، أو نحو ذلك من أساليب التعبير يستخدم فى الإفصاح، وبالتالى يكون "محتوى" هذا السلوك "نفسياً محضاً".

وفى الفئة الثالثة لا يمكن أن يتحدد مادياً الفعل الممكن قانوناً وقوع الجريمة منه ، إلا فى شخص من يوجد لديه أو يتخلف عنده "علم" معين. وهذا هو وجه

---

[1] د / رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص ٢٣١ .

[2] د / رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٤.

المناسبة فى تناول أمور نفسية بتلك الجرائم فى مجال الكلام على نموذج سلوكها المادى[1].

[1] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٢٥٢.

- د / آمال عثمان : **المرجع السابق** ، ص ١٢٨.

المطلب الثانى
صور خاصة للنموذج القانونى

وفضـــلاً عن ذلك قد تدخل فى النموذج الإجرامى واقعة قانونية متصـــلة بسلوك الفاعل، ويكـون لازماً لقيـام الجريمة تارة ووجوها وتارة تخلفها، سواء أكان مصدر هذه الواقعة الفاعل نفسه أو المصاب بضرر الجريمة، أو أحداً ما من الغير تلك الواقعة بمثابة جزء من ملابســات السـلوك الإجرامى كما حددها ووصفها نص التجريم، أى شطراً من المحيط اللازم أن يجرى فيه هذا السلوك كى يكون جريمة[1].

وتلك الواقعة القانونية قد تكون جريمة أخرى تسـمى بالجريمة المفترضـة سبق بارتكابها، ويتوقف عليها وجود الجريمة الجديدة ، كما هو الحال فى إخفاء الأشـياء المتحصـله من جريمة (هنا تتمثل الواقعة فى سـلوك الغير). وقد تكون الواقعة عملاً قانونياً مما يدخل فى الأعمال القانونية المحكومة بالقوانين الأخرى غير الجنائية. والعمل القانونى قد يكون وجود الجريمة متوقفا على توافره، كما فى جريمة الإخلال عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضـها عقـــد توريد ارتبط بـه الفاعل مع الحكومة (م ١١٦ مكرراً من قانون العقوبات) .

فالعمل القانونى هنا هو عقد التوريد، ولا يتوافر السـلوك المكون للجريمة، إلا إذا كان هذا العقد قائماً قانوناً ومنتجاً لإثارة. وكذلك الحال بالنسبة لعقد الأمانة اللازم وجوده فى ســبيل توافر جريمة خيانة الأمانة (م٣٤١)، والعقد هنا معناه أن مصدر الواقعة القانونية المتوقف عليها وجود الجريمة، هو سلوك فاعل هذه الجريمة والمصاب بضررها فى أن واحد، وكل من السلوكين هو إرادة أى عمل قانونى، صـــدر من جانبين، فانعقد بهذا الطريق عقد أو اتفاق بين طرفين. وقد يكون وجود الجريمـة متوقفاً لا على قيام العمل القانونى، وإنما على تخلفه فجريمة الســرقة لا توجد مثلاً إلا إذا تخلف الرضـــاء المال المختلس، و هذا الرضاء ليس إلا عملاً قانونياً[2].

على أن الواقعة القانونية، ســواء أكانت فعلاً غير مشــروع أو كانت عملاً قـانونياً، يمكن إلحـاقها وإعتبـارها تـدخلاً كجزء من النموذج الإجرامى إمـا لارتباطها بالعناصر المكونة للسلوك الإجرامى، وإما بملابسـات هذا السـلوك.

---

[1] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ٩٣ وما بعدها .

[2] د / رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص ٢٣١.

وفى المقابل فهناك أمران يخرجان عن نطاق النموذج الإجرامى، وهما الموضوع القانونى للجريمة، وصاحب الحق المكون لهذا الموضوع[1] .

فالموضوع القانونى للجريمة هو دائماً حق لفرد أو للدولة يتوقف على صيانته الحافظ على شرط جوهرى من شروط كيان المجتمع أو ظرف مكمل لشرط من هذه الشروط. ولا يمكن أن يدخل الموضوع القانونى بهذا المعنى فى أوصاف الجريمة، كما هى مرسومة فى النموذج الإجرامى، لأنه خارج عن هذا النموذج، وإن كان يعتبر بمثابة الحكمة من إملائه، ومن تقرير العقاب على السلوك الموصوف فيه للسبب عينه، لا يمكن أن يدخل فى النموذج بيان صاحب الحق المكون لموضوع الجريمة القانونى، لا سيما لأنه ليس يلازم أن ينصب عليه السلوك الإجرامى مباشرة، وإن كان يعانى بطريق غير مباشر من هذا السلوك[2].

ومعنى ذلك أن المُعانى، بضم الميم، من السلوك الإجرامى ليس بلازم أن يكون هو المُعانى من الجريمة. ولا أدل على ذلك من أن من يتلف عضواً من أعضاء جسمه تخلصاً من أداء الخدمة العسكرية، يعتبر بمثابة المُعانى من السلوك الواقع منه على نفسه، وليس المُعانى من الجريمة. وذلك لأن هذا الأخير هو الدولة بوصفها صاحبة الحق فى التعويل على سواعد أبنائها للذود عن كيان المجتمع. فالمُعانى من الجريمة لا يظهر فى وصف السلوك المادى المكون لها ما لم هذا السلوك منصباً عليه مباشرة، ومتخذه منه المحال والموضوع، إذا يتحد فى هذه الحالة المُعانى من الجريمة والمُعانى من سلوك مرتكبها، كما هو الحال فى القتل والجرح، أو ما لم تكن الجريمة موجهه إلى المال، لأنه كثيراً ما يرد فى وصفها إذا ذكر للصلة بين المال وبين صاحبه. كأن يشار فى النموذج الخاص بجناية الاستيلاء إلى كون المادة موضوع السلوك الإجرامى من أموال الدولة (م ١١٣ع)، وتعبير المجنى عليه إنما يصدق فى حقيقة الأمر على المعانى من السلوك ، وإنما على المُعانى من الجريمة[3].

وإذا كان من الممكن أن يتلاقى فاعل الجريمة مع المعانى من سلوكها المادى فى شخص واحد، كما فى محدث الإصابة بنفسه للتخلص من الخدمة

---

[1] د / آمال عثمان : **المرجع السابق** ، ص ١٢٠ .

[2] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ٩٤ وما بعدها .

[3] د / رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص ٢٥٣ .

العسكرية، فإنه من المستحيل أن تتوافر صفة فاعل الجريمة وصفة المجنى عليه بشخص واحد .

والمجنى عليه فى الجريمة لا يمكن إلا أن يكون شخصاً فى نظر القانون، إلا كائنا قابلاً لأن يكتسب حقاً، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً . فالمجتمع مجرداً أو الأسرة مجردة لا يمكن لأيهما أن يكون مجنياً عليه فى الجريمة؛ لأنه ليست لهما فى نظر القانون شخصية قانونية، والجرائم التى تمسها تعتبر الدولة هى المجنى عليها فيها، باعتبار الدولة الشخص القانونى الذى يمثل المجتمع عموماً أو الأسرة على وجه خاص[١].

وإذا كان قد سبق لنا القول بأن الجريمة تمس أياً كانت حق المجتمع فى الكيان والبقاء فإن ذلك لا يتعارض مع ما نقرره الآن. وذلك لأن المجتمع على كل حال هو المجنى عليه دائما فى أى جريمة، وإن كان أحياناً بطريق غير مباشر. والمجنى عليه المباشر لا يمكن إلا أن يكون شخصاً، سواء أكان آدمياً أو شخصاً معنوياً، ومن قبيل الجرائم التى يكون المجنى عليه فيها شخصاً معنوياً، كافة الجرائم التى تقع من الموظفين إخلالاً بحسن سير الأداة الحاكمة، كالرشوة والاختلاس، إذ المجنى عليه المباشر فى هذه الجرائم هو الدولة، ومن ذلك أيضاً، القذف العلنى فى حق شركة ذات شخصية معنوية.

مما سلف تبين أن النموذج الذى يرسم به القانون المادة الخارجة للسلوك الإج

رامى، تتمثل محتوياته، بصرف النظر عما تشتمل عليه استثناء من عناصر نفسيه، فيما يأتى من عناصر أو ملابسات مادية[٢]:

١. فاعل الجريمة :

وقد استبعد الفقه المجنى عليه ، لأن ذكره لا يرد فى وصف الجريمة[٣].

٢. السلوك .

٣. الحدث .

٤. رابطة السببية .

---

[١] د / آمال عثمان : **المرجع السابق** ، ص ١٣٥.

[٢] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر، المرجع السابق** ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

[٣] د / رمسيس بهنام : **المرجع السابق** ، ص٢٣٦.

٥. **الأداة والوسيلـة .**

٦. **الزمـــن .**

٧. **المكـــان .**

وترتيباً على ذلك ومحاولة منى لإظهار ما أصـــبو إليه فى اســتعمال فكرة النموذج القانونى فى إطار النظرية العامة للتفسـير فيمكننى القول بأن عناصـر النموذج القانونى يمكن أن تصـبح هى السـياج الذى يتم فى حدوده تفسـير النص ســواء باســتخدام قواعد المنهج اللغوى، أم باســتخدام أدوات وقواعد المنهج المنطقى. كما أنه من الممكن الاســتعانة بفكرة النموذج القانونى لضـبط الفارق بين القياس المباح للقاضـى والقياس الذى يحسـن تركه للمشـروع إلا فى حالات لزوم قيام القاضى بتكملة النقص التشريعى.

على أن عمل القاضى لا يقتصر على مجرد استخلاص المبدأ القانونى العام، بل عليه أن يراعى أن لا يتنافر المبدأ العام، الذى استخلصه، مع مجموعة التصورات أو الأهداف التى توجه النشاط مثار النزاع .

وخلاصة ما تقدم أن إخضاع المنازعة للمبادئ القانونية العامة يتم على مرحلتين:

المرحلة الأولى: ويحدد فيها القاضى نوع المصلحة أو المصالح التى تستأهل حماية خاصة على غرار الحماية التى تسبغ فى غير المجال الذى يفصل هو فيه، وقد يجد القاضى الحماية القانونية مكفولة، إما بمبادئ الدستور أو قواعد القانون الخاص.

وقد يستمد القاضى الحماية التى يرى إسباغها من طبيعة الأشياء أو مبادئ الخلق والعدالة حين يكون النص بمدلوله اللغوى غير كاف لتقرير تلك الحماية، ونستطيع أن نضرب مثالا على ذلك.

وأما المرحلة الثانية: فينتقل فيها القاضى من مجرد التقرير إلى التطبيق، ومن العموميات إلى خصوصية النزاع المطروح عليه. ومهمته الدقيقة والشاقة تنحصر فى تحقيق الانسجام، بقدر ما يستطيع الفن القانونى، بين ما استخلصه كمبدأ قانونى عام، وبين ما يقتضيه تحقيق الأهداف والغايات.

إذا فعملية الابتداع القضائى أو التفسير المنطقى عن طريق الالتجاء إلى المبادئ القانونية العامة ليست عملية هينة، وإنما هى عملية شاقة ودقيقة. يجب فيها على القاضى أن يتحرى بأناة وحرص مصادر المبادئ التى يفرضها، وأن يتحقق من مشروعية المصالح التى يحميها وأهميتها. وأن يراعى، بعد ذلك، أن لا تتنافر هذه المبادئ مع الطبيعة الخاصة للقانون الجنائى وأهدافه.

● **الفارق بين الضوابط القانونية والمبادئ العامة للقانون[1]:**

الحقيقة أن هناك مسائل تنطوى على فكرة مجردة يتصل مضمونها بتقدير الوجدان العام للمجتمع، ويبلغ من المرونة وسرعة التحول حداً يحمل المشرع على أن يقنع فى شأنه بوضع قاعدة معيارية من دون ضبط حدودها ضبطاً محسوساً دقيقاً، ومثال ذلك ما تنص عليه القوانين المدنية عادة من لزوم عدم مخالفة العقود للنظام العام والآداب، ولكن ما هو النظام العام؟ وما هى الآداب؟

إنهما أمران يختلف الناس فى تحديدهما باختلاف الزمان والمكان، وتباين الظروف والبيئات. ومع ذلك فلا مناص من وضع النص القانونى المتضمن لهذه الضوابط بهذه الصيغة المرنة. ويبقى على القضاء واجب تحديد المدى الصحيح لهذه الضوابط بالنسبة للوقائع اللامتناهية. وكذلك الشأن فيما تقضى به بعض التقنينات المدنية بين المتعاملين أو وفقاً لما يفرضه شرف التعامل، أو وفقاً لما تمليه نزاهة المعاملات.

إن الضوابط القانونية كثيرة ومتشعبة، يبرز من بينها ضابطان يمتازان باتساع نطاقهما ويتفرع الكثير من الضوابط عنهما ألا وهما:

الضابط الأول: فهو ضابط المعقولية، ومداره إيجاد توازن بين المصالح المتضاربة فى نزاع معين، والوصول بعد ذلك إلى حل معقول يوفق بينها جميعاً، ويحصل عادة بالكشف عن مصلحة عامة جديرة بالاعتبار.

وأما الضابط الثانى : فهو ضابط الملائمة، ومداره الحكمة والاعتدال اللازمان عند استعمال شخص سلطة يستمدها من تصرف قانونى معين.

إن الضوابط القانونية تجد مرتعها الخصب فى قوانين البلاد التى لا تعتمد التقنين مصدراً رئيساً للقانون. ويرجع السبب فى الإقبال على الأخذ بالضوابط القانونية هو أنها تقوم على التجربة والمعرفة الدقيقة بأحوال الحياة، والإحاطة بظروف كل قضية على حدتها، وترمى إلى تقدير حل مناسب لكل مسألة، بغض النظر عن إدخالها تحت تقسيم معين، أو التقيد بحكم مسطور مقدماً فى هيئة قاعدة محددة .

إن تطبيق الضابط يبدو بعيداً عن أن يكون آلياً ؛ لأنه يعطى القاضى سلطة واسعة فى البحث عن الحل الملائم، ويكتفى بإرشاده إلى الاتجاه الذى يجب عليه ترسمه. إن الحلول التى ينتهى إليها تطبيق الضابط القانونى هى حلول حقيقية لا مجردة، وهى مستمدة من واقع الحال لا من المنطق البحت.

---

[1] أنظر فى تفصيل هذه المسألة رسالة الدكتور / محمد شريف أحمد ، ص ١٩٢، والمراجع المشار إليها فيها .

إن للضوابط القانونية أنصارها وخصومها ، وقد اعتمد أنصارها على ما فيها من مزايا تفريد العدالة، والاعتماد على التجربة والمعرفة الدقيقة بأحوال الحياة، وتكييفها مع الأحداث المتتالية الجديدة، أما خصومها فقد ركزوا نقدهم على ما فيها من مساوئ، أبرزها الخوف من تحكم القضاء، والهوى الاعتباطى فى التطبيق، وعدم الانتظام والانسجام اللازمين فى الحياة القانونية[١].

إن "المبادئ العامة للقانون" هى سبيل القاضى فى محاكم القانون إلى الابتداع ألا وهى محكمة النقض المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، وهى الأساس الذى تبنى عليه شرعية ممارستها لهذا العمل الخلاق.

ويرى جانب من فقهاء القانون العام أنه وإن بدت أحكام مجلس الدولة مجمعة على ترديد الصيغة التقليدية عن سيادة القانون إلا أن التحليل العميق لمجموع أحكامه ينبئ عن الاعتراف بصفة "فوق تشريعية" للمبادئ العامة القانون[٢].

وتؤكد ذلك مطالعة الدراسات والوثائق الخاصة بمجلس الدولة، إذ هى جميعاً تعلن عن فكرة أن المبادئ العامة تتمتع، فى النظام القانونى، بأولوية طبيعية **Preeminence Naturelle** حتى أنه فى الوقت الذى يرفض فيه بعض الفقه كل رقابة قضائية على القانون، نراهم يصرحون بأن المبادئ العامة "تعلو على القوانين"، ويستثنون من ذلك العلو الرفض المطلق[٣].

ونحن رأينا فى الفقه المصرى والفرنسى، فى مجال القانون المدنى من يشير إلى مجموعة من المبادئ العامة تسمو فوق التشريع، وعلى القضاء توخيها عند تفسيرهم للنصوص القانونية بصفة عامة، وألا يتبنوا من التفسيرات ما يتعارض معها[٤].

وهذه المبادئ العامة غير منصوص عليها فى القوانين أو فى النصوص الدستورية، ولكنها تسمو على كل القوانين المكتوبة ، وتتمثل فى شعور الناس بأن هذا المبدأ قد أصبح قيامه ضروريا للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعى، وبأن المبدأ يعبر عن فكرة الحق والعدل فى المجتمع. وقد صار على ذات النهج الفقه العربى. فقد قرر الدكتور السنهورى أن ثمة مبادئ عليا تسود الدستور المصرى، وتسيطر

---

[١] د / محمد شريف : **المرجع السابق** ، ص ١٩٣وما بعدها.

[٢] د / محمد عصفور : **المرجع السابق** ، ص ٩٤ .

[٣] وخصوصاً مجلة المجلس سنة ١٩٤٧ متضمنة مقدمة الرئيس Cassin ومقال Bouffandean سنة ١٩٤٩ ، ومقالات "دونديبه دى فابر" ، و "ماسبيتيول" ، وتقارير مفوضى الدولة ، مشار إليه فى مؤلف د/ محمد عصفور : المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

[٤] د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٩٢ وما بعدها .

على جميع أحكامه، وهذه المبادئ تمثل روح الدستور، وتستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة، من هذه المبادئ، كما يرى الدكتور السنهورى، كفالة الحريات والحقوق العامة، وعدم المساس بالحقوق المكتسبة المستمدة من الدستور، ومن بينها قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية[١].

وفى هذا المجال يذهب الدكتور السنهورى، إلى أن هناك مبادئ أساسية للعدالة لا يمكن الخروج عليها حتى، ولو لم يتضمنها الدستور، ومثال ذلك قاعدة الشرعية التى تمليها العدالة، وهى مستقرة فى ضمير الجماعة، بحيث لم يعد فى إمكان الشارع المساس بها، ولو لم يتضمنها الدستور، فهى لها قيمة أعلى من الدستور ذاته، وترتبط بالقيم الإنسانية والحضارية التى لا تقبل الانتهاك. ونحن نذهب مع جمهور الفقه المصرى[٢]إلى تأييد هذه الوجهة من النظر سواء فى الفقه الغربى أو الفقه العربى .

ونتساءل هل مبدأ الشرعية هو فقط الذى له قيمة أعلى من الدستور؟ أم أن مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مكوناً أصيلاً وأساسياً فى النظام الاجتماعى والثقافى والسياسى تعتبر على رأس هذه المبادئ ذات القيمة العليا؟ إن النظرة الموضوعية البعيدة عن أى تحيز دينى أو فكرى لا تترك مجالاً للاختلاف حول الإجابة. إن كل مكونات ومقومات فكرة "القيم الإنسانية والحضارية التى لها قيمة أعلى من الدستور ولا تقبل الانتهاك" متوافرة فى مبادئ الشريعة الإسلامية الكلية المجمع عليها.

يتضح مما تقدم أن المبادئ القانونية تعتبر وسيلة التعبير عن روح التشريع، وأن القاضى عندما يستد الحل من المبادئ العامة فى القانون لا يخلق القاعدة القانونية، والمبادئ القانونية العامة موجودة، وإن لم تكن مصوغة فى النصوص. ومن ثم يقتصر عمل القاضى على الكشف عنها.

وبذلك لا تعتبر المبادئ العامة نصوصاً قانونية، ولكنها تستقى من فحوى القانون. إن المبادئ العامة للقانون تعتبر عنصر مرونة فى تطبيق القانون، فهى تغلب روح القانون عند الضرورة على حروفه، وتضع الفطرة السليمة فوق مقتضيات الصياغة. وتقدم العدل على المدلول الضيق لمبدأ الشرعية. كما أنها تدعو إلى الذهاب فيما يجاوز القانون إلى بواعث النظم الاجتماعية العميقة [٣].

---

[١] د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص٧٤،٧٥ ص١٠٢ .

[٢] د / عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٩ .

د / محمد صبرى السعدى : **المرجع السابق** ، ص ١٩١ وما بعدها.

[٣] د / عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص ٥٣٩ .

ويرى البعض فى معرض تبيان المبررات التى دعت إلى وجود المبادئ العامة للقانون أن المشرع يعبر عادة عن النتائج، وقلما يعبر عن المبادئ. ومن ثم يصب التفكير المنطقى الحياة فى القانون خلال عملية مزدوجة. ففى الأولى: يرتفع القاضى فوق النصوص القائمة ليستنبط منها المبدأ العام صعوداً، وفى الثانية: يفرع على هذا المبدأ العام قواعد ينزل بها إلى التطبيق على الحالة المسكوت عنها[١].

أما فى مجال القانون الجنائى فقد أشار جانب من الفقه إلى تلك المبادئ كأحد وسائل المنهج المنطقى فى التفسير عند غياب المعنى الواضح للنص، أو عند محاولة معرفة المصلحة المحمية وراء النص[٢].

---

١ د/ محمد منصور : **المرجع السابق** ، ص ١٩١ وبعدها .

٢ د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٩٥.

المطلب الختامى
المبادئ القانونية العامة
كما تبدو فى أحكام محكمة النقض

إن محكمة النقض الموقرة ما انفكت تسلط الضوء فى أحكامها على مبادئ عامة وضوابط رشيدة، اتخذتها المحكمة العليا كمحددات للأطر العامة التى من خلالها تفسر النصوص القانونية. وعلى هديها كذلك تمارس وظيفتها فى توحيد القضاء. وتراقب عن كثب مدى احترام القضاء الخاضع لرقابتها وتوجيهها لهذه المبادئ العامة عند تفسيره للنصوص وبخاصة الجنائية[١].

وقد أمكننى استخراج عدداً من المبادئ القانونية العامة بين طيات قضاء محكمتنا الموقرة. وسيبين لنا مدى الدقة التى حررت بها المحكمة هذه المبادئ العامة. وكيف جعلتها محدداً عاماً فى تفسيرها للنصوص من خلال ممارستها الحكيمة لرقابة القانون على المحاكم الأدنى.

كما نجحت المحكمة العليا فى إيجاد السند الدستورى الذى ترتكن عليه هذه المبادئ ويمكننى تحرير هذه المبادئ العامة بصفة إجمالية قبل أن أسوق الأحكام القضائية المنبئة عن تلك المبادئ العامة على النحو التالى:

- **المبدأ الأول : إعلاء شان الحريات الأساسية :**

وأخذاً من محكمتنا العليا بهذا المبدأ كإطار عام يوجه حركتها عند تفسير النصوص الجنائية فقد قضت :

١ - بأنه" لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق. إن ورود قيد على الحرية الشخصية غير جائز إلا فى حالة من حالات التلبس، أو بإذن من السلطة القضائية المختصة، المادة ١/٤١من الدستور، المقصود بعبارة "وفقاً لأحكام القانون" الواردة بالمادة ١/٤١من الدستور. النص فى المادة ٤١ من الدستور على عدم جواز القبض والتفتيش إلا فى الحالات المبينة به حكم قابل للإعمال بذاته. نص المادة ١٩١من الدستور. إن تقييد الحرية الشخصية غير جائز إلا فى إحدى حالات التلبس، أو بإذن من السلطة المختصة. المادة ١/٤١

---

[١] يمثل هذا المطلب أحد الاجتهادات الجديدة التى قمت بها فى هذه الدراسة .

من الدستور. إن الافتئات على حريات الناس، والقبض عليهم بدون وجه حق يضير العدالة، حالة تلازم الجريمة "[1].

٢ - ولما كانت مراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية والأحاديث الشخصية إجراءً مرذولاً، يعتبر انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة، فقد أكدت محكمة النقض أن الدستور قد كفل فى صلبه حرمة الحياة الخاصة بما تشمله من حرمة الحديث ضد تسجيله إلا أنها فى ذات الوقت، أوضحت أن الدستور والقانون أجازا هذا الإجراء إذا كانت هناك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، وأن يكون ذلك بناء على أمر مسبب من القاضى الجزئى.

وفى هذا الصدد أكدت محكمة النقض عدم السماح بهذا الإجراء لمجرد البلاغ، أو الظنون والشكوى، أو البحث عن الأدلة. وإنما عند توافر أدلة جادة تقتضى تدعيمها بهذا الإجراء. فقضت بالآتى "تحقيق الحرية الإنسانية المصرى هدف أساسى تضمنته وثيقة إعلان دستور جمهورية مصر العربية. إن مراقبة وتسجيل المحادث السلكية واللاسلكية والأحاديث الشخصية، إجراءً مرذولاً لا يجوز إلا إذا كانت هناك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر. وأن يكون بناء على أمر مسبب من القاضى الجزئى ولمدة محددة. إن مجرد البلاغ أو الظنون أو الدوافع الوهمية : غير كاف لاتخاذ هذا الإجراء "[2].

٣ – وقضت كذلك بأن "إثبات الحكم أن التحريات دلت على أن المتهم الأول مع المتهمين الثالث والرابع بمصلحة الدمغة والموازين يقومون بعمليات دمغ المشغولات الذهبية المهربة بمسكن المتهم الأول، وارتكابهم جريمة مماثلة لصالح المتهمين الخامس والسادس، وتمام ذلك مقابل جعل مادى يتقاضاه الأول وزملاؤه كل ذلك مفاداه: صدور الإذن لضبط جريمة وقعت بالفعل، ولو صدر إذن آخر بناءً على ما تضمنه محضر استدلال آخر امتداد للإذن السابق بناء على ما أسفر عنه تسجيل المحادثات الهاتفية عن كشف أدلة أخرى أو متهمين آخرين. فإن انتهاؤه بعد ذلك إلى أن الإذن اللاحق صدر لضبط جريمة لم تقع، خطأ فى تطبيق القانون وفساد فى الاستدلال"[3].

٤ – ويتجلى هذا المبدأ العام الذى نحن بصدد رصده فى أحكام محكمتنا الموقرة فى قضائها بأن "الدعوى الجنائية والمدنية الناشئة عن الاعتداء على

---

[1] الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ س ٤٠ ص ١٢٧٤.

[2] الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩ / ٢ / ١٩٩١ س ٤٢ ص ٣٧٢

٣ الطعن رقم ١٧٥٢٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/١

الحريات عدم سقوطها بالتقادم. م٥٧من الدستور. الاعتداء على حق الملكية وحق المالك فى تأجير ملكه لا يندرج تحت نص المادة المذكورة"[١].

٥ – وتوسعت تحت تأثير المبدأ العام الذى نحن بصدده فأكدت محكمة النقض فى الكثير من أحكامها حماية الحرية الشخصية التى تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذى يأوى إليه وهو موضع سره وسكينته وسيارته الخاصة، فلم تجز محكمة النقض أى قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها من الحقوق الطبيعية المقدسة للإنسان ـ سواء أكان قبضاً أم تفتيشاً أم حبساً أم منعاً من التنقل أم غير ذلك من القيود. إلا فى حالة من حالات التلبس كما هو معرف به قانوناً أو بإذن من السلطة القضائية المختصة. وأكدت محكمة النقض كذلك أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم دون وجه حق"[٢].

ويتضح من الأحكام السابقة أن إعلاء المحكمة العليا للحرية كمبدأ قانونى عام جعلها تختار فى تفسيراتها للنصوص الجنائية ما يدرأ عن الحريات الشخصية كل ألوان الحيف أو الافتئات. من ذلك أيضاً ما جاء بأحكامها المستقرة" ولئن كان من المقرر أن القيود الواردة على حق رجل الضبط القضائى فى إجراء القبض والتفتيش بالنسبة إلى السيارات، إنما ينصرف إلى السيارات الخاصة بالطرق العامة، فتحول دون تفتيشها أو القبض على ركابها، إلا فى الأحوال الاستثنائية التى رسمها القانون طالما هى فى حيازة أصحابها. أما بالنسبة للسيارات المعدة للإيجار، كالسيارة التى كان الطاعن ضمن راكبيها والتى ضبط فيها المخدر، فإن من حق مأمورى الضبط القضائى إيقافها أثناء سيرها فى الطرق العامة للتحقق من عدم مخالفة أحكام قانون المرور التى تمنع استعمال السيارات فى غير الغرض المخصص لها. وهو أثناء مباشرته لهذا الإجراء، إنما يقوم بدوره الإدارى الذى خوله إياه القانون، إلا أن ذلك مشروط بمراعاة ضوابط الشرعية المقررة للعمل الإدارى. فلا بد له أن يستهدف مصلحة عامة، وأن يكون له سند من القانون، وأن يلتزم بالحدود اللازمة لتحقيق غاية المشروع من منحه هذه

---

١ الطعن رقم ٣١٨٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٨.

٢ الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق – جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٨٩ س ٤٠ ص ١٢٧٤

وفى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١١٢٢٦ لسنة ٥٩ ق – جلسة ١١ / ٣ / ١٩٩٠ س ٤١ ص ٥١٩
- الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق – جلسة ٢٠ / ١٠ / ١٩٨٨ س ٣٩ ص ٩٣٠
- الطعن رقم ٦٣٩١ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩ / ٣ / ١٩٨٦ س ٣٩ ص ٨٢٤
- الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٥٤ ق – جلسة ٨ / ١٠ / ١٩٨٤ س ٣٥ ص ٦٣٢

الصلاحية، وأن يلتزم فى مباشرتها بالقواعد الدستورية والقانونية، وإلا وصف عمله بعدم المشروعية والانحراف بالسلطة. وإذا كان البين مما سرده الحكم المطعون فيه أن ضابط الواقعة استوقف السيارة الأجرة التى يستقلها الطاعن والمحكوم عليه الآخر ضمن ركابها لمباشرة اختصاصه الإدارى فى الاطلاع على تراخيص، بيد أنه جاوز فى مباشرته لهذا الإجراء الإدارى حدود غرض المشرع من منحه هذه الصلاحية، ولم يلتزم فى مباشرتها بالقواعد الدستورية والقانونية بأن تعرض لحرية الأشخاص ومد بصره إلى أمتعة الركاب واستكشف الأشياء المغلقة غير الظاهرة دون مبرر، فإن تجاوزه لحدود الاطلاع على تراخيص السيارة إلى التحقق من شخصيات ركابها، وعسه فى أمتعتهم المغلقة يتسم بعدم المشروعية، وينطوى على انحراف بالسلطة، فإذا تخلى الطاعن من بعد عن أمتعته ، بإنكار صلته بها، فلا يكن وصف هذا التخلى بأنه كان تخلياً إرادياً منه، بل دفعه إليه الإجراء فغير المشروع الذى سلكه ضابط الواقعة، وإذا كان الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر، وجرى فى قضائه على صحة هذا الإجراء، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون وتأويله بما يوجب نقضه"[١].

٦ – وإعلاءً للمبدأ العام باحترام الحريات العامة للأفراد وتفسير النصوص بما يتفق مع هذا الموجه العام جاء قضاء النقض المستنير مقرراً "انعدام الأمر العسكرى الذى يتمخض اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية، وحيث أن الأمر العسكرى الذى تساند إليه طعن النيابة العامة، قد أشار فى ديباجته إلى صدوره لمقتضيات صيانة الأمن وما تقتضيه ضرورات المحافظة على النظام العام، ودرءاً لاستغلال كوارث الطبيعة فى العدوان على الأموال العامة والخاصة والعبث بأرواح الناس وسلامتهم، وكان من المقرر أن الصلاحيات المخولة للحاكم العسكرى العام أو لمن ينيبه هى سلطات استثنائية مقصود بها مواجهة الظروف التى استوجبت إعلان حالة الطوارئ. ومن ثم فهى تقدر بقدر تلك الظروف وفى حدود النص الذى صرح بها، فإذا خرجت سلطات الطوارئ عن هذه الحدود اتسمت أعمالها بعدم المشروعية، وتعيبت أوامرها بعيب البطلان. غير أن عدم المشروعية إذا كان ناشئاً عن تجاوز صارخ وجسيم لاختصاص سلطات الطوارئ، بأن تمخض اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية أو السلطة القضائية، فإن الأوامر التى تصدر مشوبة بهذا العيب تقع فى حمأة الغضب، وتنحدر إلى حد الانعدام، وهو عيب يجعل تلك الأوامر معدومة الأثر قانوناً، وإن أبقى عليها فى عداد الأعمال المادية التى قد يترتب عليها مسئولية مصدرها، ولذى الشأن ألا يعتد بالأمر المعدوم، وعلى جهات الإدارة والقضاء أن

---

[١] الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٠ ق – جلسة ٩ / ٦ / ١٩٨٠ س ٣١ ص ٧٣٧

تعرض عما تضمنه من أحكام، وكأنه لا وجود له . وبناءً على ذلك فإن أمر نائب الحاكم العسكرى العام رقم ٤ لسنة ١٩٩٢فيما نص عليه بالبند ٤ من المادة الأولى، وبالمادة الثانية منه من توقيع عقوبة الجناية على من يتمتع عن تنفيذ القرارات والأحكام النهائية الصادرة بوقف أو تصحيح أو إزالة أعمال البناء بالمخالفة للقانون يكون قد اغتصب السلطة التشريعية، فجاء ما نص عليه فى هذا الصدد معدوماً ويتعين بالتالى الالتفات عنه"[١].

٧ – وأخذاً من المحكمة الموقرة بمبدأ الحفاظ على مبدأ الحرية لأقصى درجة متوازنة مع المبادئ العامة الأخرى كمحدد وضابط لها فى التفسير فقد جرى قضاؤها على أن "إيقاف السيارة الأجرة حده التحقق من عدم مخالفة أحكام فقانون المرور. عدم تجاوزه إلى التحقق من شخصيات ركابها والعس فى أمتعتهم". ويبدو هنا تضييق محكمة النقض من مدلول النصوص الإجرائية النائية التى تتضمن سلطات مأمورى الضبط القضائى ونتج عن هذا التفسير الضيق أن وضعت محكمة النقض قيوداً على إيقاف مأمور الضبط للسيارات الأجرة. فجعلت حده "التحقق من عدم مخالفة أحكام قانون المرور، فلا يجاوزه إلى التحقق من شخصيات ركابها والعس فى أمتعتهم الشخصية"[٢].

٨ - وقد قررت محكمة النقض معلية من شأن الحفاظ على الحريات وتغليب أصل البراءة عند تفسير النصوص الجنائية أن "صدور أمر من النيابة العامة بتفتيش متهم معين ومسكنه، ليس لرجل الضبط القضائى المندوب لإجرائه تفتيش متهم يقيم فى مسكنه مستقل عنه إلا طبقاً للمادتين ٣٠، ١/٣٤ من قانون الإجراءات "[٣].

٩ - وقضت محكمة النقض كذلك "بعدم جواز تفتيش المتواجد مع المأذون بتفتيشه طالما لم يشمله إذن التفتيش". وفى ذات المجال استقر قضاؤها على أن تفتيش الطاعن بغير إذن من النيابة العامة، وفى غير حالات التلبس لمجرد تواجده مع المأذون بتفتيشه أثره بطلان التفتيش، وما أسفر عنه وشهادة من أجراه". وتبدو من العبارات السابقة مدى التضييق فى تفسير النصوص التى تتعارض مع مبدأ احترام الحرية ومبدأ احترام أصل البراءة. بل عن لتضييق المذكور يكاد يدخل فى إطار تكملة النقص التشريعى بإيراد المحكمة العليا

---

[١] الطعن رقم ٣٣٨١ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٥/٦/١١ غير منشور

[٢] الطعن رقم ٨٢٨٠ لسنة ٥٨ ق – جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٩٠ س ٤١ ص ٧٩٢

– الطعن رقم ٣٢٢١٧ لسنة ٦٨ ق – جلسة ١١ / ٦ / ٢٠٠١

[٣] الطعن رقم ١١٩٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٦٨/١٠/١٤ س ١٩ ص ٨٢٨ .

لكل هذا القدر من القيود والتى أحياناً يصعب القول باحتواء النص عليها اللهم إلا باستعمال فكرة المبادئ العامة القانونية التى نحن بصدد عرضها.

ويبدو لنا من هذه الأحكام التى بدأتها المحكمة العليا بذكر المبدأ العام القانونى المذكور ثم تسير فى تفسيرها للنص المعروض عليها السير الذى يتقيد بإعلاء شأن المبدأ. وفى سبيل تحقيقها لهذا تنزع تارة إلى التشبث بقواعد المنهج اللغوى وينتج عن ذلك تفسير ضيق للنص. ونراها تارة ثانية تأخذ بقواعد المنهج المنطقى لينتج عن ذلك تفسير واسع للنص لكونه الأقرب فى الحفاظ على المبدأ العام الذى استهلت به حكمها. ومن ثم وبالنظر للأحكام السابقة فى ضوء هذا التحليل نلحظ تأثير المبدأ العام القانونى على أسلوب ومنهج التفسير الذى نتبعه المحكمة الموقرة سعياً منها إلى المحافظة على هذا المبدأ العام الذى تتخذه إطاراً عاماً ينبئ عن فلسفتها القضائية.

وهكذا نرى أن المحكمة الموقرة تأخذ عند تأويل النصوص وتفسيرها بما يحقق أكبر حماية لهذا المبدأ العام. ويتفرع، من الناحية المنطقية، عن هذا المبدأ مبدأً عاماً آخر وهو التالى.

- **المبدأ الثانى : الحفاظ على العدالة المتوازنة :**

سبق لنا فى الباب الأول أن أوضحنا مدلول العدالة كما استقر فى وجدان القضاء المصرى متمثلاً فى أحكام محكمة النقض وقضاء المحكمة الدستورية العليا. وقد خلصنا إلى أن مفهوم العدالة المتوازنة الذى يعتنقه القضاء المصرى هو المفهوم الراجح لدينا الذى يجمع كثيراً من العناصر وتتدرج به الحقوق والمصالح المتعارضة فى المجتمع بشكل يفضى إلى الاستقرار وإيتاء الحقوق لأصحابها.

وقد قررت محكمة النقض أن "السلطة القضائية هى سلطة أصيلة تستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته، الذى ناط بها وحدها أمر العدالة المستقلة عن باقى السلطات، ولها وحدها ولاية القضاء بما يكفل تحقيق العدالة، وحق المواطن فى اللجوء إلى قاضيه الطبيعى"[1].

---

[1] – الطعن رقم ٢٠٣٠٠ لسنة ٧١ ق **نقض جنائى** جلسة ٦ فبراير ٢٠٠٢

– الطعن رقم ١ لسنة ٣١ ق **هيئة عامة** جلسة ١٤ فبراير ١٩٦١ ،

إن العدالة كمبدأ قانونى عام نحسه خفياً تارة ونراه جلياً تارة أخرى كهدف أسمى تحرص المحكمة على إضفائه على الحلول القانونية التى تنتهى إليها فى أحكامها .

ويمكننا أن نرى كيف أن العدالة عند محكمتنا العليا، والقضاء المصرى برمته، عدالة مستقلة حكيمة نسبية متغيرة اجتماعية متطورة . وفى ذلك الإطار قضت بأن "مجرد دخول امرأة معروفة للشرطة إحدى الشقق لا ينبئ بذاته عن إدراك الضابط بطريقة يقينية ما ترتكبه، التعرض لها قبض صريح ليس له ما يبرره، المادة ٣٥٤ إجراءات بعد تعديلها لا تجيز القبض على المتهم إلا فى أحوال التلبس، مثال لتسبيب معيب فى إطراح دفع ببطلان إجراءات القبض ، مؤدى تساند الأدلة فى المواد الجنائية"[١].

وبناءً على ما تقدم يمكننى أن أقرر أن هذا المبدأ العام يجيئ فى أحكام محكمتنا العليا مقترناً دوماً بمبدأ آخر سواء كان الحرية أو المصلحة العامة أو استصحاب أصل البراءة. وذلك من وجهة نظرى أمر ينبئ عن دقة المحكمة الموقرة وحنكتها اللتان يمليان عليها تعميق النظر لمعنى العدل المتوازن الذى يحيط بالمصالح المتعارضة ويفض النزاع بينها بما ينتهى إليه قضاؤها فى شكل تفسيرات وتقريرات. ولذلك فكل الأحكام التى تظهر فيها المبادئ العامة القانونية نجد أن ذكر العدالة وارداً قرين كل من هذه المبادئ العامة.

وأما مدلول العدالة فقد سبق وأن فصلنا مذهب القضاء المصرى فى هذا الصدد بالباب الأول من هذه الدراسة عند حديثنا عن ماهية العدالة. ويتفرع عن المبدأ السابقة مبادئ عامة فرعية منها **مبدأ حسن سير العدالة.**

ومن ثم كان هذا المبدأ العام بمثابة الروح التى تسرى فى كافة المبادئ العامة التى نجتهد فى محاولة استخراجها وإلقاء الضوء عليها فى مجال القضاء الجنائى. ولكن فى بعض الأحيان نجد أن العدالة تستقل كمبدأ عام يحكم المحكمة العليا فى تفسيرها لنص معروض عليها فيميل بها إلى ما يوافق المحافظة عليه سواء كان ذلك بالتضييق أو التوسع فى التفسير وذلك باستعمال المحكمة الموقرة للأساليب والأدوات التفسيرية المؤدية إلى ذلك .

واستعمال المحكمة العليا لمبدأ العدالة بصورة مستقلة كضابط وموجه لطريقة وأسلوب تفسيرها للنصوص الجنائية يظهر غالباً فى تفسير المحكمة العليا للنصوص الإجرائية أو الموضوعية ذات الصلة الوثيقة بالإجراءات وتصوغه المحكمة الموقرة بقولها **"حسن سير العدالة"**. وإذا ما قررت المحكمة العليا

---

[١] الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٤/١٠/٨ س ٣٥ ص ٦٣٢ .

الأخذ بهذا المبدأ العام كإطار موجه لتفسيرها لنص معروض عليها فإنها لا تعبأ بما يؤدى إليه هذا التفسير من نتائج فى غير صالح المتهم أو فى غير صالح أياً من أطراف الخصومة[1].

وأظهر مثال على هذا المبدأ القانونى العام فى قضاء النقض هو تضييق المحكمة العليا من دائرة إعمال قاعدة الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم لتكون مختصة بالنصوص الموضوعية دون الإجرائية .

وقد سبق وأن عرضنا للتطبيقات القضائية لهذه القاعدة والمنهج التفسيرى الذى اتخذته المحكمة العليا وسيلتها للانتهاء لهذا المعنى الضيق، وذلك بالباب الثانى من هذه الدراسة .

والذى يعنينا فى هذا الموضع أن نشير إلى ما نعتقده من أن المحكمة الموقرة أرادت بهذا التضييق لدائرة إعمال قاعدة الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم أن يظل مبدأ "حسن سير العدالة" هو الضابط والإطار العام الحاكم لتفسير النصوص الإجرائية أمامها. ذلك بأن توسيع دائرة القاعدة المذكورة لتشمل النصوص الإجرائية، وهو ما كان من الممكن بلوغه من جهة قواعد التفسير بسهولة أكثر. ذلك التوسع كان سيقيد المحكمة العليا فى تفسيرها لبعض النصوص الإجرائية التى ترى تغليب حسن سير العدالة كمبدأ عام فيها على مصلحة المتهم.

ويعتبر أخذ من المحكمة الموقرة بمبدأ حسن سير العدالة كإطار عام يوجه تفسيرها للنصوص الجنائية وخاصة ذات الصلة بالإجراءات أمر مستقر ومضطرد فى قضاء المحكمة العليا كما سلف البيان[2].

وهذا المبدأ مستقر فى قضاء محكمة النقض ويعمل كموجه لأسلوب التفسير الذى تركن إليه المحكمة الموقرة ليحقق لها مقتضى هذا المبدأ العام فى المسائل الإجرائية على وجه الخصوص. وفى هذا المجال قررت المحكمة العليا "أن القصد الجنائى فى جريمة إحراز المخدر لا يتحقق بمجرد تحقق الحيازة المادية، بل يجب أن يقوم الدليل على علم الجانى بأن ما يحرزه هو من المواد المخدرة المحظور إحرازها قانوناً "، وإذا كان الطاعن قد دفع بأنه لا يعلم بوجود المخدر

---

[1] أمكننى بواسطة الحاسوب الآلى لمحكمة النقض الوقوف على عشرات المبادئ التفسيرية التى استهلتها المحكمة العليا بهذا المبدأ العام ثم فسـرت النص المطروح عليها على هديه . واكتفى بالأمثلة الواردة بالمتن وعلى الراغب فى الاستزادة لبحث المسألة بحثاً متعمقاً الرجوع لمكتبة الحكمة الموقرة .

[2] أنظر الأمثلة القضائية التى سقناها فى الباب الثانى على استخدام المحكمة العليا لقواعد المنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير . وكذلك التحليل التفسيرى لأحكام الهيئة العامة المتضمنة للمبدأ المشار إليه فى المتن بالمبحث الختامى بالباب الثانى .

بحقيبة السيارة وبانقطاع صلته به، فإنه كان يتعين على الحكم المطعون فيه أن يعرض لهذا الدفاع ويورد ما يبرر اقتناعه بعلم الطاعن بأمر المخدر. وإذ لم يفعل الحكم المطعون فيه، واعتبر فى الإدانة بضبط المخدر، دون أن يرد على دفاع الطاعن بعدم علمه به، فإن الحكم يكون قد أنشأ قرينة قانونية مبناها افتراض العلم بالجوهر المخدر من واقع حيازته، وهو ما لا يصح قانوناً. لأن القصد الجنائى من أركان الجريمة، ويجب أن يكون ثبوته فعلياً لا افتراضياً. لما كان ما تقدم فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه، والإعادة بالنسبة للطاعن والمحكوم عليه الآخر الذى قضى بعدم قبول طعنه شكلاً، ولوحدة الواقعة وحسن سير العدالة "[1].

وقد أعلت المحكمة العليا هذا المبدأ العام خاصة فى المسائل الإجرائية كما قلنا ولو على حساب مبادئ عامة أخرى مثل أصل البراءة وبالتالى جاءت كثيراً من تفسيرات المحكمة الموقرة للنصوص الإجرائية فى غير مصلحة المتهم .

ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه "لما كان الحكم المطعون فيه بعد أن بين واقعة الدعوى ... عرض لطلب دفاع الطاعن بقوله المقرر "أن للمحكمة أن تقول على أقوال الشاهد فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ولو خالفت قولاً آخر له فيها ، **فمن باب أولى** لو جاء هذا القول على فرض حدوثه، خارج نطاق الدعوى وأوراقها ضمن أحاديث خاصة تليفزيونية أو غيرها) لما كان ذلك وكان طلب الطاعن على ما سلف يعد طلباً جوهرياً.. وكان ما وردت به من عدم جدوى طلب الطاعن. استعراض المحكمة لهذا الدليل بفرض صحة ما يحتويه لا يصلح أساساً للرفض. فإن الحكم يكون معيباً.. بما يوجب نقضه والإعادة بالنسبة لهذا الطاعن والطاعن الأول أيضاً لاتصال ذات العيب به ولحسن سير العدالة"[2]. وقد سقنا أمثلة عديدة لقضاء المحكمة الموقرة المتضمن إعمال هذا المبدأ بالباب الثانى من هذه الدراسة .

- **المبدأ الثالث : ترجيح أصل البراءة على ما يناقضه :**

لقد جعلت محكمتنا العليا من المصدر المعروف فى الشريعة الإسلامية "بالاستصحاب "أساساً فى تفسير النصوص الجنائية فى صورة المبدأ العام المذكور. وفى ذلك قضت أنه "لما كان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٧ من الدستور على أن "المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية يكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه "يدل على أن الدستور قد أرسى مبدأً أساسياً قوامه أن

---

[1] الطعون أرقام ٦٧٧٣ ، ٦٩٦٨ ، ٦٩٩٣ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢.

[2] الطعن رقم ١٧٦٤٢ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/٩/٢١ س ٤٦ ص ٩٥٤ .

الأصل فى الإنسان البراءة ما لم تثبت سلطة الاتهام عكسها، وهذا أصل يفترض قرينة لصيقة بالإنسان لا يجوز الافتئات عليها لأية علة"[1].

وقضت كذلك بأنه "مجرد دخول امرأة معروفة للشرطة إحدى الشقق لا ينبئ بذاته عن إدراك الضابط بطريقة يقينية ما ترتكبه، التعرض لها قبض صريح ليس له ما يبرره. إن المادة ٣٥٤إجراءات بعد تعديلها لا تجيز القبض على المتهم إلا فى أحوال التلبس"[2].

وقد قالت محكمة النقض فى ذلك أيضاً أن "أحكام البراءة المبنية على أسباب غير شخصية بالنسبة للمحكوم لهم تعتبر عنواناً للحقيقة سواء بالنسبة لهؤلاء المتهمين أو بالنسبة لغيرهم متى كان ذلك فى مصلحة أولئك الغير، ولا يفوت عليهم أى حق مقرر لهم بالقانون، فالحكم النهائى الذى ينفى وقوع الواقعة المرفوعة بها الدعوى مادياً، ويبنى على ذلك براءة متهم، ولكن يتعين أن تكون الإرادات التى يقوم الاتفاق بها إرادات على ما نهى النص عنه، بحيث إذا كان أحد أصحابها جاداً فى الاتفاق، والآخر غير جاد، فلا يصح أن يقال بأن اتفاقاً جنائياً قد تم كان أحد أصحابها جاداً فى الاتفاق والآخر غير جاد، فلا يصح أن يقال بأن اتفاقاً جنائياً قد تم بينهما، لعدم اتحاد إرادتيهما على شئ فى الحقيقة وواقع الأمر"[3].

ويتجلى الأخذ بهذا المبدأ العام ولو خالف ما هو مستقر فى القضاء المدنى ذلك بأن القضاء الجنائى يخضع لقواعد أخرى، إذ لا يجوز له الاستناد فى الإدانة إلى أدلة غير مشروعة جاءت ثمرة لانتهاك الحرية الشخصية. وأخذاً بهذا النظر العميق من محكمتنا الموقرة فقد اعتبرت أن الأمر يختلف بالنسبة للبراءة، وذلك لأن الأصل فى المتهم البراءة، فأجازت المحكمة العليا الاستناد إلى خطاب شخصى فى تأكيد براءة المتهم، ولو تضمن معلومات فى الحياة الخاصة للمرسل أو المرسل إليه أو الغير. وذلك رغم أن التمسك بهذا الخطاب يعد فعلاً غير مشروع، لأنه انتهاك لحرمة المراسلات. "ولكن الدليل المستمد من هذا الفعل ليس إلا استصحاباً على أصل عام هو البراءة، فيمكن لذلك الاستناد إليه"[4].

وقد سبق لنا أن تحدثنا عن أصل البراءة كمبدأ عام يلقى بظلاله على جوانب كثيرة من مبادئ القانون الجنائى وذلك فى الباب التمهيدى، غير أننا هنا نحاول

---

١ الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ القضائية

٢ الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٤/١٠/٨ س ٣٥ ص ٦٣٢ .

٣ نقض ٢٨ إبريل سنة ١٩٤٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٧ رقم ٥٨٦ ص ٥٥٣.

٤ انظر نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ **مجموعة الأحكام** س ١٦ رقم ٨٧ .

إلقاء الضوء عليه من زاوية اعتبارنا له مبدأً عاماً يؤثر على أسلوب المحكمة العليا الذى تنتهجه عند تفسيرها للنصوص الجنائية.

وفى ذلك الإطار نجد المحكمة العليا تضيق من مدلول النصوص الجنائية المتعلقة بالإثبات الجنائى تحت تأثير المبدأ العام الذى نحن بصدده. وفى ذلك قررت أن "تعويل الحكم فى الإدانة على الدليل المستمد من التفتيش الباطل، خطأ فى القانون وجب نقضه. ذلك أن خلو الأوراق من دليل آخر لإدانة الطاعن يوجوب القضاء ببراءته ومصادرة المخدر"[١].

وتتقيد المحكمة العليا بمبدأ أصل البراءة عند تفسيرها للنصوص الجنائية، وبخاصة المتعلقة بالإثبات الجنائى اللهم إلا إذا تعارض مقتضى الأخذ به مع مقتضى مبدأ حسن سير العدالة فإن محكمتنا الموقرة تغلب المبدأ الأخير. ويبدو ذلك جلياً من قضاء المحكمة العليا المستقر على أنه "وحيث أنه من المقرر أن القصد الجنائى فى جريمة إحراز المخدر لا يتحقق بمجرد تحقق الحيازة المادية، بل يجب أن يقوم الدليل على علم الجانى بأن ما يحرزه هو من المواد المخدرة المحظور إحرازها قانوناً، وإذا كان الطاعن قد دفع بأنه لا يعلم بوجود المخدر بحقيبة السيارة وبانقطاع صلته به، فإنه كان يتعين على الحكم المطعون فيه أن يعرض لهذا الدفاع ويورد ما يبرر اقتناعه بعلم الطاعن بأمر المخدر، وإذا لم يفعل الحكم المطعون فيه، واعتبر فى الإدانة بضبط المخدر، دون أن يرد على دفاع الطاعن بعدم علمه به، فإن الحكم يكون قد أنشأ قرينة قانونية مبناها افتراض العلم بالجوهر المخدر من واقع حيازته، وهو ما لا يصح قانوناً، لأن القصد الجنائى من أركان الجريمة، ويجب أن يكون ثبوته فعلياً لا افتراضياً لما كان ما تقدم فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه، والإعادة بالنسبة للطاعن والمحكوم عليه الآخر الذى قضى بعدم قبول طعنه شكلاً ، ولوحدة الواقعة وحسن سير العدالة"[٢].

- **المبدأ الرابع : تغليب المصلحة العامة على الخاصة :**

ويتجلى هذا المبدأ العام كإطار محدد وموجه للمحكمة العليا فى التفسير فى كثير من الحالات منها على سبيل المثال ما قضت به من أن "أحكام قوانين النقد

[١] الطعن رقم ٢٣٧٦٥ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٧.

[٢] الطعون أرقام ٦٧٧٣ ، ٦٩٦٨ ، ٦٩٩٣ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢.

الأجنبى. وتعلقها بالنظام العام، قصد بها تحقيق **مصلحة عامة اقتصادية**، سريانها بأثر مباشر على آثار العقود ولو كانت مبرمة قبل العمل بها "[1].

ويدخل فى ذات الإطار قضاء المحكمة العليا بأن "للمصريين عامة حق تكوين الأحزاب السياسية، وجوب اشتمال النظام الداخلى للحزب على القواعد والإجراءات التى تنظم الانضمام إليه، والفصل من عضويته والانسحاب منه ١، ٥ من قانون نظام الأحزاب السياسية الصادر بق ٤٠ لسنة ١٩٧٧. **عدم جواز اعتصام رئيس الحزب بتحصين أعماله ونظامه الداخلى من رقابة القضاء، وحرمان أعضائه من الاستظلال بسيادة القانون.** وللمحاكم الرقابة على تطبيق أحكام النظام الداخلى والتعويض عن مخالفته إن كان له مقتضى"[2].

ويدخل فى ذات الإطار تقديم المحكمة العليا لمصلحة العائلة، باعتبارها مصلحة اجتماعية عامة، على المصالح الفردية. وتأثير هذا الترتيب لأهمية المصالح وقوتها عند التعارض على طريقة التفسير التى تنتهجها المحكمة الموقرة يظهر فى المثال التالى بوضوح. فقد قضت بأن "جريمة الزنا هى فى الحقيقة والواقع جريمة فى حق الزوج المثلوم شرفه، فإذا ثبت أن الزوج كان يسمح لزوجته بالزنا بل أنه قد اتخذ الزواج حرفة يبغى من ورائها العيس مما تكسبه زوجته من البغاء، فإن مثل هذا الزوج لا يصح لأن يعتبر زوجاً حقيقة، بل هو زوج شكلاً، لأنه فرط فى أهم حق من حقوقه وهو اختصاص الزوج بزوجته، وما دام قد تنازل عن هذا الحق الأساسى **المقرر أصلاً لحفظ كيان العائلة وضبط النسب**، فلا يصح بعد ذلك أن يعترف به كزوج، ولا يقبل منه كزوج أن يطلب محاكمة زوجته أو أحد شركائها إذا زنت، وإلا كان هذا الحق متروكاً لأهوائه يأخذه وسيلة لسلب أموال الزوجة وشركائها كلما عن له ذلك بواسطة تهديدهم بالفضيحة "[3].

ويصعب الإحاطة فى هذا الموضع بكل الحالات التى يظهر فيها المبدأ المذكور فى القضاء الجنائى للمحكمة العليا. ولكن يظهر بوضوح تأثير المبدأ فى أسلوب التفسير للنصوص المعروضة على المحكمة وتوسيعها أو تضييقها

---

[1] الطعن رقم ١٦١٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٩.

[2] الطعن رقم ٢٠٢٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٩.

[3] – محكمة الموسكى الجزئية ١٤ أكتوبر سنة ١٩٠٤ الحقوق س١٦ ص ٢٨٥ .

– محكمة مصر الكلية فى ٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة س ٣١ رقم ٤٣٦ ص ١٢٠٩ .

– نقض ١٥ فبراير سنة ١٩٦٥ **مجموعة الأحكام** س ١٦ رقم ٢٨ ص ١٢٤ .

– وقد أقامت محكمة النقض قضائها على سقوط حق الزوج فى المحاكمة على مصلحة العائلة وسمعتها .

لمدلول النص المعروض عليها بما يحقق لها ما أرادته من تغليب للمصلحة العامة أياً ما كانت طبيعتها على المصلحة الفردية.

وكما سبق البيان فى العديد من المواضع بهذه الدراسة فإن محكمة النقض تتقلب عند التفسير بين أساليب المنهج اللغوى والمنهج المنطقى وأحياناً تستعين بقواعد المنهج التاريخى وتمارس البحث الحر، كل ذلك للوصول إلى مبتغاها فى النص المعروض عليها . ومن السهل تبين ذلك فى الأمثلة السابقة المعروضة من قضائها .

- **المبدأ الخامس: الأحكام الشرعية المجمع عليها (مبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة):**

سبق وأن تناولنا فى الباب الأول مضمون هذا المبدأ العام من وجهة نظرنا والذى يعمل، كالمبادئ السابقة، على توجيه أسلوب المحكمة العليا فى التفسير. وهذه الحزمة المباركة من المبادئ الشرعية العامة تعد، مجتمعة، مبدأً عاماً لا يجوز للمحاكم أن تتجاوز تخومها أو تتجاهل مقتضاها.

إن استقراء أحكام محكمة النقض فى هذا الصدد كان قد بين لنا أن محكمتنا العليا تنظر للنصوص القانونية من خلال هذا الإطار العام الذى يسمو على النظام القانونى بأسره ملقياً بضوئه على كافة جوانب هذا النظام. وقد آثرت بحث التطبيقات القضائية الدالة على وجود هذا المبدأ العام وتنبه المحكمة الموقرة لمقتضياته وقيامها بالتفسير فى إطاره فى الجزء الذى خصصناه لبحث المضامين المتعددة لمصطلح "الشريعة الإسلامية" فى النظام القانونى والقضائى المصرى . وحسبى هنا الإحالة إلى ما سبق .

- **أوجه المفاضلة بين المبادئ القانونية العامة سالفة الذكر فى قضاء محكمة النقض[1]:**

إنه من الجدير بالذكر أن ندون هنا ملاحظة هامة حول المجالات القانونية التى تنحاز المحكمة العليا فى كل منها إلى مبدأ من المبادئ العامة السابقة .

وبعبارة أخرى يمكننا طرح تساؤل مؤداه **هل تختلف هذه المبادئ العامة فى درجة قوتها عند نشوب تعارض بين مقتضيات إعمالها؟**

---

[1] هذا الجزء والذى سبقه يعد من الاجتهادات الجديدة وغير المسبوقة فى الدراسات القانونية ، أرجو أن أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وعرضها .

ومن ثم تغلب محكمة النقض مقتضـــى أحد هذه المبادئ العامة على ما سواه منها؟ الحقيقة أننا بالنظر الدقيق فى الأمثلة القضائية التى سقناها يمكننا الإجابة على هذا التساؤل فى عدة نقاط :

١ – عن مبدأ إعلاء شـأن الشـخصـية يكون له الصـدارة وتتخذه المحكمة إطاراً محدداً لطريقة تفســيرها طارحة ما قد يتعارض مع نتائجه من مبادئ أخرى، فى حالة النصـوص الماسـة بالحرية. فكما أوردنا من قبل نجد أن التطبيقات القضـائية التى اسـتهلت المحكمة العليا قضـاءها فيها بذكر لهذا المبـدأ، نجـدهـا متعلقـة بـأحوال القبض والتفتيش والتلبس وغيرهـا من المسائل ذات الصلة الوثيقة بالحريات .

٢- عن مبدأ العدالة المتوازنة يبدو أنه، كما أسـلفنا، يتداخل فى قضـــاء المحكمة العليا مع غيره من المبادئ العامة بحيث يشكل أساساً لضبط الحدود التى يقف عندها مبدأ الحرية وإعلاء شـــأنها أو مبدأ احترام أصـــل البراءة أو مبدأ حســـن ســـير العدالة. ومن ثم فالعدالة كمبدأ قانونى عام لا يتصـــور طرحـه أو إجراء مفـاضـــلـة بينـه وبين المبـادئ العـامـة الأخرى، إذ هو متداخل معها وضابط لمفاهيمها وحدود إعمالها .

٣- ويبدو أن "مبادئ الشـــريعة الإســـلامية" باعتبارها مبدأً قانونياً عاماً، فى الحدود الســـابق ذكرها، لها ذات الأثر والطبيعة التى تأبى أن يقارن بينها وبين غيرها من المبادئ القانونية العامة. إذ أنها تلم شعث كل هذه المبادئ وتســمو عليها وتحدد أطرها ومفاهيمها. ومن ثم لا يتصـــور أن تفاضـــل المحكمـة العليـا بينهـا وبين المبـادئ العـامـة الأخرى بـل إن المحكمـة فى نظرها للنصـــوص القانونية المعروضـــة عليها إنما تنظر من خلال هذين الإطـارين مبادئ الشــــريعة الغراء ومبدأ العدالة المتوازنة. ثم هى تغلب الأخذ بأى من المبادئ العامة الأخرى المتوافق والمتناســـق مع هذين المبدأين .

٤- إن مبدأ حسـن سـير العدالة كإطار عام يحكم اتجاه محكمة النقض فى تفسـير النصـــوص الإجرائية مقدم على ما ســـواه من المبادئ العامة، وأعنى بها مبدأ احترام الحريات ومبدأ مراعاة أصـل البراءة. وذلك أمر واضـح من الأمثلة القضائية التى سقناها .

٥- إن مبدأ تغليب المصـــلحة العامة على المصـــلحة الخاصـــة كإطار عام يحكم أسـلوب المحكمة العليا فى التفسـير مقدم على ما سـواه من المبادئ العامة ســـالفة الذكر عند تفســـير المحكمة الموقرة للنصـــوص الجنائية التى تتعارض فيها المصـــالح أو تتضـــارب فيها المصـــلحة المحمية العامة مع

مصلحة المتهم أو غيره من أطراف الخصومة المعروضة عليها وهذه النتيجة التى نراها واضحة من الأمثلة القضائية التى سقناها على هذا المبدأ العام .

وأود أن أشير إلى أن المبادئ العامة القانونية قد أعانت محكمة النقض فى حالات تكملة النقص التشريعى فلقد كانت هذه المبادئ العامة بمثابة السند الشرعى للقضاء عند تكملته لنقص النصوص. وهذا الدور الذى تلعبه المبادئ العامة سوف نلقى عليه بعض الضوء عند بحثنا فى التطبيقات القضائية لتكملة النقص التشريعى .

وعلى ذلك فإن للمبادئ العامة دوران :

الدور الأول : والذى ألقينا عليه الضوء فى هذا الموضع، وهو اعتبارها محدداً وموجهاً لتفسير المحكمة للنصوص. ويدخل فى هذا الإطار ما تعرضنا له من ذى قبل بالباب الثانى عند دراستنا للمبادئ العامة للقانون كوسيلة من وسائل التفسير المنتمية للمنهج المنطقى .

والدور الثانى: هو اعتبارها من الأدوات التى استعملتها المحكمة الموقرة لسد النقص التشريعى .

وفى النهاية أود أن ألمح إلى أن موضوع المبادئ القانونية العامة واستعمالها فى إطار تفسير النصوص بصفة عامة والنصوص الجنائية بصفة خاصة، موضوع لا زال بكراً وينتظر دراسات معمقة تتوافر بالتحليل لعدد أكبر من الأحكام القضائية. ومقارنة نتائجه بين عدد من المحاكم العليا المنتمية لأنظمة قانونية مختلفة .

وحسبى أننى وجهت النظر إلى هذا الموضوع الهام واجتهدت فى إلقاء الضوء على هذه المسألة الهامة فى قضاء محكمة النقض المصرية ، لكى ينبرى لها من أعتقد أنهم اكثر قدرة وعلماً من جيل أساتذتنا الفقهاء وشيوخ محكمتنا العليا الموقرة .

- **خلاصة رأينا المقترح بشأن تنوع استعمالات المبادئ العامة للقانون فى محيط التفسير فى المجال الجنائى :**

ونحن نرى أن فكرة المبادئ العامة للقانون فى مجال تفسير النصوص الجنائية أوسع مدى وأعمق أثراً من ذلك، فهى وإن كانت تنتمى، بحق، إلى وسائل المنهج المنطقى للتفسير، إلا أن عملها كمحددات وضوابط تحكم عملية التفسير حتى عند استخدام أساليب المناهج الأخرى كالمنهج اللغوى، أو المنهج التاريخى

تظل قائمة وضرورية، وقد رأينا فى جنبات هذه الدراسة كثيرا من الأمثلة القضائية لمحكمتنا العليا فى المجال الجنائى، ما كان يمكن فهم طريقة تفسير المحكمة أو تبرير أخذها بمنحى معين فى التفسير إلا بناءً على فكرة أو مبدأ أو قاعدة تنتمى إلى المبادئ العامة للقانون.

ولعل التتبع الاستقرائى لأحكام المحكمة العليا فى المجال الجنائى فى المطلب التالى تجلى لنا مجموعة من المبادئ العامة التى يتغياها ويتأثر بمقتضاها قضاء النقض الجنائى، عسانا نضع بذلك لبنة الأساس لنظرية عامة لتلك المبادئ فى القانون الجنائى على غرار نظرية المبادئ العامة فى القانون الإدارى، والتى استوى عودها وأينعت ثمارها عبر عشرات السنين. وأود فى هذه المثابة أن أشير إلى عدة نقاط أساسية :

أولاً : إن فكرة المبادئ العامة للقانون ما زالت فى مجال القانون الجنائى، تحتاج إلى دراسات متخصصة تعكف على تتبعها ورصدها فى أحكام القضاء سواء الصادرة من محاكم الموضوع أو من محكمة النقض، وحسبنا الإشارة إلى أهميتها ومحاولة إظهار دورها فى مجال نظرية التفسير بشئ من التأصيل الذى اجتهدنا فى وضع لبناته الأولى.

ثانياً : إن فكرة المبادئ العامة للقانون ينطبق عليها من حيث تنوع دورها ذات ما نقول به بشأن القياس فى المسائل الجنائية على التفصيل التالى:

فالمبادئ العامة للقانون من الممكن أن تظهر المصلحة المحمية من نص جنائى معين، وبالتالى يتوصل بها إلى تفسيره تفسيراً واسعاً أو ضيقاً، وهنا نكون بصدد استخدام المبادئ العامة كوسيلة تفسير من بين وسائل المنهج المنطقى فى التفسير.

ومن ناحية أخرى قد تكون المبادئ العامة للقانون المحدد والضابط عند وضع نص تشريعى معين، وهنا نكون بصدد استخدامها كمصدر للقاعدة القانونية فى مجال التشريع .

وبين الغرضين السابقين من الممكن استخدامها فى إطار نظرية التفسير كمحدد للمدى الذى يقف عنده مدلول نص معين، ولو فى مسائل التجريم، بما لا يخرج عن حدود الأنموذج القانونى للجريمة ، كما يرسمها نص معين. فنكون بصدد استخدامها كوسيلة تفسيرية تؤدى للتوسع فى تفسير نص جنائى، بما لا يخرج عن الحدود المقصودة من التجريم باستخدام فكرة الأنموذج القانونى، كما سيبين عند عرض معيارنا المقترح عند التفرقة بين نوعى القياس. إذ فى كل حالة لا تكتمل فيها أركان القياس كوسيلة تفسير ، وليس كمصدر للقاعدة القانونية،

يمكن استخدام تلك المبادئ العامة كمحددات للتفسير الواسع للنص فى إطار النموذج القانونى للنص التجريمى .

ثالثاً : إن محاولة البحث عن أمثلة قضائية لتطبيق الفروض السابقة لفكرة المبادئ العامة للقانون قد يحتاج إلى دراسة متخصصة، كما أسلفنا، وقد اجتهدنا فى البحث عن أمثلة فى قضاء محكمة النقض لاستخدام فكرة المبادئ العامة للقانون فى مجال التفسير للنصوص الجنائية، وكان من ثمرة هذا الاجتهاد الجديد الأمثلة التى سنوردها على ذلك.

رابعاً : فى مرحلة التمهيد لتطبيق الشريعة، وهى المرحلة الحالية، وهى فى ذات الوقت مرحلة التطبيق الجزئى لأحكامها من خلال النصوص الوضعية السارية، فإن القضاء ملزم دائما بعدم مخالفة المبادئ الشرعية قطعية الدلالة والثبوت والمجمع عليها للأسباب والأسانيد القانونية التى بسطناها من قبل فى الباب الأول.

وتأتى فكرة المبادئ العامة كأداة قانونية فى يد القضاء ليطبق بها هذا المفهوم الذى يفرق بين أحكام الشريعة الغراء المجمع عليها، وتلك التى تعددت فيها آراء المجتهدين، ومن ثم فكلما كان الأمر ممكناً اتبعت المحكمة العليا ومن ورائها القضاء المصرى برمته هذا القدر المجمع عليه من الشريعة الغراء، من غير حاجة إلى تعديل تشريعى. **وبذلك تكون المحكمة العليا قد سبقت المشرع العادى أحيانا فى تطبيق النص الدستورى الملزم لكافة جهات الدولة بالامتثال لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وحققت حداً أدنى من عدم مخالفة مبادئ الشريعة الغراء .**

والجدير بالذكر فى هذه المثابة ما رصدناه فى أحكام محكمتنا العليا من التزام بهذه المعانى، كما سلف البيان فى الباب الأول، وسنأتى على طرف آخر من هذه المعانى فى التطبيقات القضائية التالية .

خامساً : فى مرحلة التطبيق الكامل للشريعة الغراء فى المجال الجنائى تضمن تلك المبادئ تطبيق مستنير معتدل منضبط وسطى. ذلك لأنها فى مضمونها أفكاراً مجمعاً عليها، ومتوافقة مع العرف السائد بشروط إعماله الشرعية مما يتحقق به تطبيقاً أمثل للشريعة الغراء يبعد بنا عن نماذج التطبيق المشوه التى يعانى منها المسلمين فى بعض الأقطار.

ومن عجب أن فكرة المبادئ العامة للقانون لم تأخذ حظها اللائق، والذى نراه ضرورياً فى مجال الفقه الجنائى فى مصر وفرنسا. ونحن نرى أن إبراز هذه المبادئ فى المجال الجنائى، واعتبارها أساساً من أسس التفسير سوف يكون له آثاراً جمة النفع:

فمن ناحية أولى، سوف يعين وضع فكرة المبادئ العامة للقانون موضع الاهتمام والدراسة المتأنية فى المجال الجنائى، سوف يعين فى فهم كثير من المبادئ القضائية المستقرة فى قضاء محكمة النقض، ويبرر سبب أخذ المحكمة العليا بمنحى تفسيرى معين ثم عدولها عنه، أو ترجيحها لفكرة أو نظرية ما فى الفقه الجنائى على ما سواها .

ومن ناحية ثانية، سوف يكون الاهتمام بإبراز وتحديد تلك المبادئ العامة فى المجال الجنائى سبباً لتكريس مفهوم الشرعية الجنائية فى ثوبها الأكمل الصحيح، لما تعنيه هذه المبادئ العامة من تحقيق للتوازن بين مصالح المجتمع من جهة والأفراد من جهة، وبين حقوق المتهمين من جهة والمجنى عليهم من جهة ثانية. وذلك باعتبار المبادئ العامة محددات للقاضى عند تفسيره للنص الجنائى، خاصة النصوص المتعلقة بالجرائم والعقوبات.

ومن ناحية ثالثة، لا يخفى ما يعنيه إبراز تلك المبادئ العامة من أخذ واحترام للقواعد الشرعية الإسلامية، سواء فى المسائل الإجرائية أو الموضوعية الجنائية. وذلك باعتبار مبادئ الشريعة الغراء الأساسية المجمع عليها فى الفقه الإسلامى على قمة المبادئ العامة للقانون فى كافة مجالات النظام القانونى المصرى، ومن بينها المجال الجنائى .

وكما سلف البيان فلا غرو أن التقرير بكون مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية المجمع عليها ملزمة، ويجوز الدفع والاحتجاج بها، وانعقاد الإجماع من الفقه والقضاء المصرى سواء تصريحاً أو ضمنياً على ذلك، لا غرو أنه قد قام الدليل الذى أدى إلى انعقاد هذا الإجماع من نصوص الدستور والقوانين المختلفة وكذلك من الأفكار السياسية والاجتماعية والثقافية السائدة باضطراد منذ مئات السنين على أرض الكنانة. وهذه وتلك، أى النصوص والأفكار، هى المنبئة والكاشفة عن المبادئ العامة للقانون التى نتحدث عنها.

على أن سبيل القاضى إلى الابتداع لا يكون عن طريق "المبادئ العامة للقانون" فحسب . وذلك لأن هذه المبادئ لا تعدو أن تكون وسيلة من وسيلتين يتجاوز فيهما القاضى النصوص المكتوبة فى نظام قانونى جنائى يقوم أساساً على اعتبار القانون المكتوب المصدر الوحيد للقواعد القانونية. إن الوسيلة الثانية هى القياس على التفصيل الذى حاولنا إبرازه ووضع حدوده وضوابطه فى هذا الباب .

الفصل الثالث

المعيار المقترح للتفرقة بين نوعى القياس
والتفسير الواسع للنصوص الجنائية الشرعية والوضعية

يجدر بنا أن نبحث بالتفصيل الأسس التى نبنى عليها المعيار المقترح كأداة يستخدمها المفسر قاضياً كان أو فقيهاً، ليتعرف بها على حدود التفرقة بين نوعى القياس. ونقصد بهما القياس كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، والقياس كوسيلة من وسائل التفسير. وفى ذات الوقت التفرقة بينهما وبين التفسير الواسع. وهذه الأسس القانونية التى نقيم عليها المعيار المقترح تجمعها فكرتان هما فكرة العلة أو الحكمة أو المصلحة المحمية من وراء النص الجنائى وخاصة المتعلق بالجريمة والعقوبة، وفكرة الأنموذج القانونى أو القالب القانونى للجريمة. ومن ثم نبحث فى العلة ونبين طبيعتها وأنواعها، والفرق بينها وبين المتشابه معها مثل الحكمة والسبب وهل لهذه الفروق من أثر قانونى. ثم الأساس الثانى لهذا المعيار المقترح، ويتمثل فى فكرة اللأنموذج القانونى بعدما ضبطها الفقه، وأصبحت فى إطار نظرية عامة فى الفقه الجنائى .

المبحث الأول
النظرية العامة لعلة النص الجنائى (بيان المصلحة المحمية)
فكرة العلة ومجالات استعمالها
فى الفقه الشرعى والقانونى بصفة عامة[1]

يتطلب البحث فيما أطلقنا عليه النظرية العامة لعلة النص الجنائى الخوض فى عدة أمور، الأول: فى تعريف العلة، الثانى: فى الطرق المثبتة لها، الثالث: فى مبطلاتها، والرابع: فى أقسامها، والخامس: فى التمييز بينها وبين السبب والشرط والحكمة فى الشريعة الغراء والقانون.

وعلى ذلك فإننا نتناول هذا الموضوع من خلال ثلاث مطالب، المطلب الأول: العلة وشروطها ومسالكها والطرق المثبتة للعلة، مع عرض لتعريف العلة وشروطها، والطرق المثبتة لها (مسالك العلة)، والمتمثلة فى (النص، الإجماع، السبر والتقسيم، تنقيح المناط، تخريج المناط، تحقيق المناط، الشبه). أما لمطلب الثانى فيتناول أقسام العلة (الخارجة عن المحل والداخلة فيه). ومن ثم نعرض لمسائل خلافية فى هذا الصدد ذات أثر قانونى .

وأخيراً المطلب الثالث نتحدث فيه عن العلة واستخدامها كضابط فى تعليل الأحكام الجنائية فى الشريعة الغراء والقانون. مع تسجيلنا ملاحظة هامة فى النهاية من خلال بحث العلة من الوجهة الشرعية وهى ترجح الفكرة الأجمع المتمثلة فى المصلحة بالمعنى الجامع، وهو رأى الشرعيين المعاصرين ومؤداه العودة للحكمة.

---

[1] انظر فضيلة الشيخ الدكتور / مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، وقد جعلنا من هذه الرسالة القيمة مرتكزاً علمياً لتناولنا للجانب الفقهى الأصولى لموضوع العلة وعرضنا بشئ من التفصيل للاجتهاد المستحدث للمؤلف بشأن العلة والحكمة التشريعية.

- **انظر كذلك حول العلة فى الفقه الأصولى الشرعى :**
- فضيلة الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص٥٣.
- فضيلة الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٦٤.
- أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم : **المرجع السابق** ، ص ٥٦ وما بعدها .
- أستاذنا الدكتور / زكريا البرى : **المرجع السابق** ، ص ٨٧ وما بعدها .

ونحاول فى خاتمة المبحث الوقوف على مذهب محكمة النقض فى تحديدها للعلة والحكمة وتأثير ذلك التحديد على تفسيرها للنصوص الجنائية.

المطلب الأول
ماهية العلة
مدلول العلة وشروطها ومسالكها

أولاً : تعريف العلة :

العلة لغة هى الحدث يشغل صاحبه عن حاجته، أو ما تتغير حال الشئ بحصوله. أما اصطلاحاً فهى الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنى المناسب لشرعية الحكم، والمعتبر مظنة الحكمة الباعثة على تشريع الحكم، والذى بنى عليه الحكم وربط به وجوداً وعدماً.

ثانياً : شروط العلة :

تشترط فى العلة شروط كثيرة ونكتفى فى هذه المثابة بإلقاء الضوء على الأجزاء المناسبة لموضوع البحث. وعلى ذلك فأهم تلك الشروط ما يأتى[1]:

١- أن تكون وصفاً ظاهراً يمكن التحقق من وجوده بإحدى الحواس الظاهرة، مثل الإسكار .

٢- أن تكون وصفاً منضبطاً. أى أن تكون له حقيقة معينة محدودة ثابتة لا تختلف باختلاف الأشخاص والبيئات والحالات، يمكن التحقق من وجودها من الفرع بعينها أو بتفاوت يسير .

٣- أن تكون وصفاً مناسباً للحكم. والمناسبة للحكم تعنى أن يترتب على تشريع الحكم مظنة وجود مصلحة للناس أو دفع مضرة عنهم، وأن يكون من شأن ربط الحكم بهذا الوصف وجوداً وعدماً تحقيق ما يقصده الشارع بتشريع حكمة من حكمة هى جلب منفعة أو درأ مفسده عن الناس .

٤- أن لا تكون وصفاً قاصراً على الأصل .

٥- أن لا يكون من الأوصاف التى قام الدليل الشرعى على عدم اعتبارها .

---

[1] - الإمام / الغزالى : **المستصفى** ، **المرجع السابق** ،ص ٤٦٣ .

- د/ رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٩٦ وما بعدها.

- د / بدران أبو العينين بدران : **المرجع السابق** ، ص ١٦٤ ، ١٧٣ ، ١٧٤ .

٦- أن لا تثبت العلة فى الفرع حكما يخالف النص والإجماع، لأنها علة حكم اجتهادى، وكل اجتهاد يخالفهما يقع باطلاً، ويكون القياس عندئذ فاسداً.

ثالثاً : الطرق المثبتة للعلة (مسالك العلة)[١]:

الطرق المثبتة لعلية الوصف أى كونه علة تسعة هى النص والإيماء والإجماع والمناسبة والشبه والدوران والسبر والتقسيم وتنقيح المناط.

وعلى ذلك فإن المراد بمسالك العلة الطرق التى يتوصل بها إلى معرفة العلة، وهى التى ذكرناها آنفاً ويمكننا أن نعرف بها على النحو التالى:

١-النص :

كأن يدل نص من الكتاب أو السنة صراحة، أو دلالة على أن علة الحكم هى وصف معين، وتسمى العلة المنصوص عليها . ومثال العلة المنصوص عليها صراحة قوله تعالى **"كَيْ لا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الأَغْنِيَاءِ"**[٢]، ومثال العلة المنصوص عليها دلالة قوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث القاتل"، إذ حيث يتركب الحكم على وصف معين، ويقترن به بحيث يتبادر من هذا الاقتراف فهم علية الوصف للحكم تكون العلة غير صريحة، ومما هو ثابت لدى الأصوليين ويؤكد ما قلناه "أن تعليق الحكم بالمشتق دليل علية مأخذ الاشتقاق".

٢- الإجماع :

فإذا اتفق المجتهدون فى عصر من العصور على أن وصفا من الأوصاف يكون علة لحكم من الأحكام، ووجدت تلك العلة فى أمر آخر، فإنه يعطى مثل ذلك الحكم عن طريق القياس، وذلك كالإجماع على أن علة الولاية المالية على الصغيرة هى الصغر[٣].

٣- السبر والتقسيم :

---

[١] - د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

- الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

- د / محمد مصطفى شلبى : الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، **المرجع السابق** ، ص ١٤٩ .

[٢] سورة الحشر : من الآية٧

[٣] - الشيخ / عبد الوهاب خلاف : أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامى ، **المرجع السابق** ، ص٨.

- الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٤٥ .

السبر لغة الاختبار. أما اصطلاحها فهو اختبار كون الوصف صالحاً للعلية أم لا. والتقسيم لغة هو تجزئة الشئ. أما اصطلاحها فهو حصر الأوصاف الصالحة ؛ لأن تكون علة فى الأصل وترديد العلة بينها بأن يقال: العلة إما هذا الوصف أو ذاك .

فإذا أريد مثلاً معرفة علة تحريم الخمر عن طريق السبر والتقسيم تحصر أوصافها أولاً. فيقال العلة فى تحريمها أما كونها متخذه من العنب، أو لونها، أو سيولتها، أو كونها مسكرة. ثم تختبر هذه الأوصاف، فتستبعد تلك التى لا تصلح أن تكون علة، وتستبقى ما تصلح لها. وفى هذا تتفاوت آراء المجتهدين، فمنهم من يرى أن المناسب هو هذا الوصف، ويرى البعض الأخر وصفاً أخر .

٤- تنقيح المناط :

وهو تهذيب العلة وتنقيتها من الأوصاف التى لا دخل لها فى العلة. ويتحقق فى موضع يدل النص على العلية دون أن يعين وصفاً بعينة علة. ويختلف بذلك عن السبر والتقسيم اللذين يتحققان فى موضع لا يشتمل النص فيه على الأوصاف التى يكون الوصف الصالح للعلية منها .

٥- تخريج المناط :

وهو أن ينظر المجتهد ليستخرج العلة غير المنصوص عليها، ولا المجمع بواسطة أى مسلك من مسالك العلة .

٦- تحقيق المناط :

وهو النظر فى تحقيق العلة التى ثبتت بالنص أو بالإجماع أو بأى مسلك آخر فى واقعة غير التى ورد فيها النص. كما إذا ثبت أن علة تحريم شرب الخمر الاسكار، فينظر فى تحقق هذه العلة (الاسكار) فى نبيذ آخر.

٧- الشبه :

الشبه عند الأصوليين يطلق بإطلاقين، أحدهما، الطريق المثبت لكون الوصف علة، وثانيهما، الوصف الذى ثبتت عليته بهذا الطريق، وقد اختلف الأصوليون فى تعريف الشبه بالإطلاق الثانى، ونشأ عن ذلك اختلافهم فى الشبه بالإطلاق الأول. فعرفه بعضهم بأنه، الوصف الذى لم تظهر مناسبته بعد البحث التام، ولكن عهد من الشارع الالتفات إليه فى بعض الأحكام، مثل الطهارة بالنسبة لتعين الماء فى إزالة النجاسة، فإنها وصف لم تظهر مناسبته لتعيين الماء، ولكن عهد عن الشارع اعتبار الطهارة بالماء فى الوضوء، ومس المصحف والطواف

والصلاة.. ولذلك قاس الشافعى إزالة النجاسة على طهارة الحدث بجامع الطهارة فى كل منهما، وأثبت تعين الماء فى إزالة النجاسة ، كتعينه فى طهارة الحدث[1].

ووجه تسمية الوصف بالشبه على هذا التعريف: أن فيه شبهاً بالوصف المناسب من حيث التفات الشارع إليه فى بعض الأحكام وشبهاً بالوصف الطردى من حيث إن مناسبته للحكم لم تظهر بعد البحث والتأمل .

وبناءً على هذا التعريف، يكون الشبه بمعنى الطريق هو كون الوصف لم تظهر مناسبته للحكم بعد البحث والتأمل، ولكن عهد من الشارع الالتفات إليه فى بعض الأحكام[2].

- **الأدلــــــة** :

استدل أصحاب المذهب الأول بأن الشبه يفيد ظن العلية، وكل ما كان مفيداً لظن العلية كان مثبتاً للعلية، فالشبه مثبت لعلية الوصف وهو المدعى.

- **قياس الأشباه :**

قد يتبادر إلى الذهن من ظاهر العبارة أن قياس الأشباه هو القياس الذى جمع فيه بين الأصل والفرع بعلة ثبتت بطريق الشبه المتقدم، ولكن مراد الأصوليين غير ما يتبادر من ظاهر العبارة. وذلك لأنهم عرفوا قياس الأشباه بأنه قياس تردد فيه الفرع بين أصلين لوجود علتهما فيه، ولم يشترطوا فى العلتين أن تكونا ثابتتين بطريق الشبه .

وإنما تكلم الأصوليون على قياس الأشباه عند الكلام على طريق الشبه لوجود مناسبة بين الأمرين، وهى التسمية والاتفاق فى اللفظ .

- **مثال قياس الشبه :**

قتل العبد خطأ فإن العبد يشبه الحر فى الإنسانية، ويشبه الفرس فى المالية، فهو متردد بين أصلين هما الإنسانية والحيوانية، وقد وجد يه علة كل من هذين الأصلين، فإذا ألحق بالحر الآدمية والإنسانية وجب فيه الدية فقط من غير زيادة، وإذا ألحق بالفرس فى المالية وجب فيه القيمة بالغة ما بلغت ولو زادت عن الدية :

---

[1] د / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٤٩ .

[2] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٤٥ .

وقد اختلف الأصوليون فيما إذا تردد الفرع بين أصليين، وكان يشبه أحدهما فى الصورة، ويشبه الآخر فى الحكم كالمثال السابق[1]. فهل يلحق بالأصل الذى يشبهه فى الصورة، أو بالأصل الذى يشبهه فى الحكم ؟ فقال بعضهم يلحق بما يشبهه فى الصورة، ومن هؤلاء أبو حنيفة وأحمد بن حنبل، ولهذا قال الإمام أحمد يجب التشهد الأول إلحاقاً له بالتشهد الثانى من حيث الصورة، وقال أبو حنيفة لا جيب التشهد الثانى إلحاقاً له بالتشهد الأول فى الصورة.

وقال فريق آخر يلحق بالأصل الذى يشبهه فى الحكم، ومن هؤلاء الإمام الشافعى. ولهذا قال فى العبد المقتول خطأ تجب فيه القيمة، وإن زادت عن الدية إلحاقاً له بالفرس من حيث المالية .

وذهب فريق ثالث، منهم أبو بكر الرازى إلى أن العبرة بما يظن كونه علة للحكم، يلحق الفرع بالأصل الذى ظنت فيه تلك العلة متى وجدت العلة فى ذلك الفرع، سواء كانت العلة هى الصورة، أو كانت هى الحكم، أو كانت غيرهما؛ لأن ظن العلية هو المثبت لها، ومتى ثبتت العلة كان المجتهد متعيناً عليه العمل بها، فإن ثبتت العلية فى الصورة والحكم ووجد كل منهما فى الفرع كان المجتهد مخيراً فى إلحاقه بأى واحد منهما لعدم المرجح[2].

ثانياً : تنقيح المناط :

تنقيح المناط قبل أن يجعل علماً على الطريق المثبت للعلية كان مركباً إضافياً من مضاف هو تنقيح، ومضاف إليه هو المناط. فأما التنقيح، فمعناه فى اللغة التهذيب والتخليص، يقال نقح الشاعر القصيدة إذا هذبها وخلصها من الأبيات التى لا دخل لها فى الموضوع .

وأما المناط، فهو فى الأصل مصدر ميمى بمعنى اسم المكان، ومعناه الإناطة والتعليق، وتسمى العلة مناطاً، لأن الشارع علق الحكم وربطه بها، وأما بعد جعله علماً على الطريق المذكور فقد اختلف فى تعريفه فعرفه بعضهم بأنه بذل الجهد فى تعيين العلة من بين الأوصاف التى أناط الشارع الحكم بها إذا ثبت ذلك بنص أو إجماع، وذلك بحذف ما لا دخل له فى التأثير. ومما تقدم يعلم أنه خاص بالعلل المنصوصة، فلا يوجد فى العلل المستنبطة.

---

[1] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٥٢.

[2] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ٦٠.

المطلب الثانى

أقسام العلة الخارجة عن المحل والداخلة فيه[1]

تنقسم العلة الخارجة عن المحل إلى ثلاثة أقسام[2]: عقلية، وشرعية، ولغوية. فالعلة العقلية: هى ما استقل العقل بدركها، وهى ثلاثة أنواع: **العلة الحقيقية**: وهى ما لم يتوقف تعقلها على تعقل غيرها مع كونها أمراً وجودياً، مثل الإسكار بالنسبة للتحريم. و**العلة الإضافية**: وهى ما توقف تعقلها على تعقل غيرها، مثل تعليل ولاية إجبار الأب فى النكاح بالأبوة، فإن تعقل الأبوة متوقف على تعقل البنوة، و**العلة العدمية**: وهى ما استقل العقل بدركها مع كون مفهومها أمراً عدمياً، مثل تعليل عدم وقوع طلاق المكره بعدم الرضا، وعدم صحة بيع الضال بعدم القدرة على تسليمه.

وأما **العلة الشرعية**: فهى ما توقف العقل فى إدراكها على الشرع مثل تعليل جواز رهن المشاع بجواز بيعه. **والعلة اللغوية**: ما احتاج العقل فى إدراكها إلى اللغة، مثل تعليل تسمية النبيذ بالخمر بوجود المخامرة فيه، والتعليل بها جائز عند من يجوز إثبات اللغة بالقياس، وقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلاً.

وتنقسم العلة ثانية إلى علة قاصرة، وعلة متعدية .

فالعلة القاصرة : هى التى لم تتجاوز المحل الذى وجدت فيه سواء كانت منصوصة أو مستنبطة مثل تعليل حرمة الربا فى النقدين الجوهرية الثمينة. **والعلة المتعدية**: هى ما تجاوزت المحل الذى وجدت فيه إلى غيره من المحلات الأخرى، مثل الإسكار، وللطعم، والقتل العمل العدوان، والقياس إنما يتحقق بالعلة المتعدية دون العلة القاصرة لعدم وجودها فى الفرع[3].

وتنقسم العلة إلى علة بسيطة، وعلة مركبة. فالعلة البسيطة: ما لم تتركب من أجزاء مثل الطعم والإسكار. **والعلة المركبة**: هى ما تركبت من جزأين فأكثر، بحيث لا يستقل كل واحد بالعلية مثل القتل العمد العدوان[4].

---

[1] د / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٥٥.

[2] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

[3] الشيخ / محمد أبو النور زهير : **المرجع السابق** ، ص ١٥٦ .

[4] الشيخ / محمد مصطفى شلبى : **المرجع السابق** ، ص ١٦٣ .

المطلب الثالث

اجتهادنا فى تحديد

فكرة الأنموذج القانونى فى الشريعة الإسلامية[1]

إن فكرة الأنموذج القانونى للجريمة تجد أساسها الشرعى فى كلام علماء أصول الفقه حول فلسفة التشريع الإسلامى وما تحتويه من بحوث ومسائل متعلقة بالغاية المقصودة من تشريع الأحكام الجنائية واختلافها عن الحكمة الكامنة خلف الأحكام الشرعية فى صورتها الأخلاقية المطلقة.

وتوضيحاً لهذه الفكرة المبثوثة باضطراد فى ثنايا الأبحاث الأصولية والمؤلفات الفقهية، نقول أن الشريعة الإسلامية الغراء تحرم الزنا بمدلوله الاصطلاحى المعروف لحكمة متعددة الجوانب، وتتمثل بعض تلك الجوانب فى عدم اختلاط الأنساب وعدم التعدى على حقوق الآخرين، ومنع التخلق بخلق الخيانة ذو الآثار السلبية إلى غير ذلك.

ولكن على صعيد التشريع الإسلامى لا يعاقب على ارتكاب تلك الجريمة بمعرفة ولاة الأمر إلا إذا توافرت أدلة إثبات محددة وإذا ما ثبت الجريمة بأدلة إثبات غير المنصوص عليها تنزل الجريمة من وصف الجناية الحدية إلى الجريمة التعزيرية وقد تخرج نهائياً من دائرة التحريم الشرعى للفعل عن دائرة التجريم الشرعى لذات الفعل.

ومن استقراء الفقهاء لهذا التباين بين دائرتى التحريم والتجريم بان لهم أن أساس هذا التباين مرجعه إلى اختلاف الغاية من التشريع الجنائى الشرعى عن الحكمة من التحريم للأفعال التى يعدها الشرع الحنيف معصية. وعبارة أخرى عن دائرة المعاصى أوسع نطاقاً من دائرة الجرائم فى الشريعة الإسلامية الغراء[2] .

---

[1] هذا الجزء يعد من المواضع المستحدثة فى هذه الدراسة ، أرجو أن أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وعرضها .

[2] هذا الموضوع من الموضوعات الهامة والمحورية التى تحتاج إلى ابحاث مستفيضة قبل الشرو فى تطبيق المبادئ الشرعية فى أى نظام قانونى يرغب واضعوه فى تطبيق صحيح ومستنير للشريعة الغراء، إذ به يتحدد نطاق تدخل ولاة الأمر فى الحياة الخاصة للمواطنين ويتداخل مع فكرة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ومدى تأثيرهما على ممارسة

والنتيجة التى يخلص إليها الباحث فى التشريع الجنائى الإسلامى أن الغاية من إقامة الحدود والتعازير والقصاص هى حماية حقوق الأفراد وحرياتهم فى المقام الأول. وكذلك يبدو جلياً الردع والحفاظ على ما يمكن تسميته "الطهر العام للمجتمع" "كظاهر" يستجلب من الأفراد التعاون على البر والتقوى ويشيع جو من الأمان والطمأنينة بين الناس. وتنزوى فى المقابل ظواهر الفساد وإشاعة الفواحش والمنكر داخل النفوس الخبيثة ومجتمعاتها السرية داخل بيوت أصحابها دون أن تلوث الذوق العام للمجتمع أو تعيق مسيرة البر والتقوى فيه أو تدفع الشبيبة إلى التقليد والاتباع لأهل السوء.

والفارق الواضح فى الشريعة الإسلامية الغراء بين دائرتى التحريم والتجريم هو فى حالات كثيرة الإعلان بارتكاب المعصية والذى ينقلها من دائرة التحريم إلى دائرة التجريم الملاحق بالعقاب .

وهذا الإعلان يختلف فى مضمونه من جريمة لأخرى فتارة ترى الشريعة تحقق "الإعلان" فى المعصية برؤية اثنان لمرتكبها حال اقترانه لها. وتارة لا ترى الشريعة الغراء توافر "الإعلان" فى ارتكاب المعصية إلا إذا وقعت على مرآى من "أربعة شهداء".

وقد يبدو الحاجز الفارق فى الشريعة الغراء بين دائرتى التحريم الواسعة والتجريم الضيقة فى غير عناصر الإثبات وفكرة "علانية المعصية"[1]. ولكنه أى ذلك الحاجز الفارق، لن يخرج حينئذ عن فكرة "مضرة العباد" أى الاعتداء على حقوق أو حريات الآخرين، ولو فى غير علانية وحينئذ يلاحق المعتدى بالتجريم والمعاقبة. لا يكتفى المشرع الحكيم لإخفاء صفة الحرمة عليه والعقاب الأخروى عليه. ومثال ذلك الكذب فهو وإن كان حراماً بصفة عامة، ما عدا فى أحوال استثناها الشارع وعدها سبباً لإباحته . إلا أن "الكذب المضر" يصبح "تزويراً" ويعد خروجه من الوصف العام "التحريمى" إلى الوصف الخاص "التجريمى" ومن ثم يتقرر له عقاب فى إطار المجتمع .

الحريات الخاصـة والعامة للأفراد وما يطرأ على هذا التداخل والتأثير المتبادل لهذه الأفكار من مشـكلات عملية وهو ما نرجو أن يكو ن محط دراسات متخصصة فى المستقبل تمهد أو تكون جزءاً من التمهيد الرشيد لتطبيق الشريعة الإسلامية فى مصر وكافة البلدان الإسلامية .

[1] أول من أوضح لى فكرة " العلانية "كضابط هام للتفرقة بين دائرتى التحريم والتجريم فى الفقه الجنائى الإسلامى هو والدنا رحمه الله المستشار أحمد مرسى سعفان نائب رئيس محكمة النقض الأسبق ، وقد أطنب فى عرض الفكرة واستقرائها فى كتب الأصول فى أطروحته للماجستير المقدمة إلى جامعة الأزهر بعنوان " نظام الحكم فى الإسلام " . انظر الرسالة المذكورة ، مكتبة كلية الشريعة ، جامعة الأزهر الشريف ، ص ٣٥ وما بعدها .

وكثير من الأفكار السابقة تلتقى فيها فلسفات الأنظمة القانونية المختلفة وإن كانت الشريعة الإسلامية متميزة عن هذه الأنظمة، ففى ناحيتين:

أولاً : السبق الذى أحرزه علماء الشريعة فى تفصيل هذه المسائل .

ثانياً : الضوابط الرشيدة المتوازنة والتى تتحدد بها الدائرتين سالفتى الذكر كما سيبين لنا إجمالاً فى طيات هذا الجزء من الدراسة.

والشريعة الغراء فى هذا التباين الرشيد تحكمها اعتبارات وتشهد لها حجج ومنطقيات تذعن لها عقول الباحثين، وتزخر بها كتب علماء الأصول الأولين، وهو ما يحتاج فى تتبعه والاستفادة منه فى تشريع الأحكام وفق الشريعة الغراء إلى أبحاث متخصصة غير هذه الدراسة المتواضعة وحسبى هنا الإشارة التى أحتاجها فى بحثى .

والجدير بالملاحظة أن حرية الأفراد فى اختيار سبيل الرشاد أو ما دونه من السبل أو ما يناقضه من سبل الغى، هذه الحرية مكفولة بشكل عجيب حرى أن يلحظه دعاة تطبيق الشريعة الغراء حتى لا توصم الشريعة الغالية بالاستبداد والتحكم فى مصائر العباد والمصادرة على حرياتهم فى الاختيار.

فكما أوضحنا أن الحرية وحقوق الأفراد هى الدافع الشرعى الكامن خلف إقامة الحدود والقصاص فكذلك وجب التأكيد على أن التجريم يقف، رغم ارتكاب المعصية، عند تخوم دائرة الحرية الشخصية فى مفهومها الشرعى. ومن ثم ترى الإجماع الفقهى على عدم جواز إثبات الزنا أو شرب الخمر أو غيرها بالتجسس على الأفراد أو تحسس عوراتهم فى المنازل أو المحادثات الخاصة[1].

وبناءً على ما تقدم يمكن أن نتبنى ماهية الفعل محل التجريم فى الشريعة الغراء. واختلاف دائرتى التحريم والتجريم فى الشريعة الغراء جعل تحديد "الأنموذج القانونى" للجرائم ليس بحثاً سهلاً بل هو بحث عميق خصوصاً فى الجرائم المستحدثة فى العصر الحديث طبقاً للأصل الشرعى العام بجواز تدخل ولى الأمر بتنظيم أى جانب من جوانب الحياة العامة وإلزام الناس بهذا التنظيم

---

[1] الرأى الذى فى المتن هو رأينا الذى استخلصناه من مؤلفات أصول الفقه التى بين أيدينا قديماً وحديثاً ، بيد أننا نلحظ آراءً أخرى لفقهاء معاصـــرين تكاد تتطابق لديهم دائرتى التحريم والتجريم . ويبدو ذلك جلياً فى تعريفاتهم لجرائم التعازير واعتبارها متطابقة مع " المعاصى " ، وهو ما لا نجد له سنداً شرعياً ولم نقف عليه فى كتب المتقدمين ، فضلاً عن محاذير اعتناق مثل هذه الآراء على سعينا لتطبيق الشريعة الغراء كما أوضحنا فى المتن .
انظر مثالاً على هذا الاتجاه تعريف الأســتاذ الشــهيد / عبد القادر عودة رحمه الله لجرائم التعازير فى مؤلفه القيم ، التشريع الجنائى الإسلامى ، الجزء الأول ، ص ١٥٩ .

تحقيقاً للمصلحة العامة الشرعية مثل بعض الجرائم التنموينية والمرورية وغش الأغذية والتهرب الضريبى وغيرها.

ويتعرض المخالفون لتلك الجرائم للعقاب الذى تحدده الجهة المختصة المنوط بها ولاية الأمر تبعاً للفكرة السابق بيانها والخاصة بتعدد القائمين بوظيفة "ولى الأمر" كما هى معروفة فى الفقه الشرعى. والجزء من "ولاية الأمر" المتعلق بتنظيم ممارسة حق معين أو الإلزام باتباع أسلوب ما فى ممارسة حق ما، وترتيب الجزاء الجنائى على مخالفة ذلك أحياناً تكون السلطة التشريعية الوضعية، وأحياناً تكون السلطة التنفيذية فى أى من درجاتها المفوضة من قبل المشرع الوضعى.

وأياً ما كان الأمر فالذى يعنينا هنا أن "النماذج القانونية" لتلك الجرائم المستحدثة ستوافق الشريعة الغراء فى مبادئها الكلية العامة كما أسلفنا أى من زاوية تغييها "المصلحة العامة "بضوابطها ومفهومها الشرعى. وكذا من زاوية إلزامها للكافة وترتيب الجزاء الجنائى على مخالفتها فى إطار سلطة ولى الأمر فى التعزير بضوابطه وفى حدوده الشرعية، وبذلك لن يثور خلاف حول تحديد دائرتى التحريم والتجريم فى مثل تلك الأحوال.

وبالتالى لا وجود للمحاذير التى من الممكن أن يتذرع بها المتريثون والمعطلون لتطبيق الشرع الحنيف من دعاة الحريات المطلقة والاحترام المطلق لمبدأ الشرعية بمفهومه الضيق والمنتقد كما أسلفنا. أما الجرائم الحدية والتعزيرية التقليدية وأعنى بها التى كانت موجودة دائماً فى كل العصور فإن الحدود الواضحة "لنماذجها القانونية" قد تحددت فى المصادر الشرعية وتكرس تطبيقها فى ممارسة أجيال متعاقبة من فقهاء الصحابة ثم التابعين وتابعيهم رضى الله عنهم أجمعين.

ومن ثم أصبحت تلك الجرائم واضحة المعالم محددة الأركان ومميزة تمييزاً تاماً عن "المعاصى" المقابلة لها فى الدائرة الأوسع التى أسميناها "دائرة التحريم" ولم يعد هناك ثمة شبهة افتئات أو مظنة اعتداء على الحريات تحت زعم تطبيق الشرع أو إلزام الناس بما يدخل فى دائرة اختياراتهم المحضة بين الفضيلة والرذيلة أو بين الطاعة والمعصية.

وعلى ما تقدم فلا يتدخل الشارع الإسلامى بالعقاب على كل خطيئة أخلاقية، وذلك لأن مثل هذا التجريم يؤدى إلى مساءلة الأفراد جنائياً إما على مجرد أفكار أو خلجات نفس، وهو ما يؤدى إلى التنقيب عن القلوب، أو التدخل فى الحياة الخاصة للأفراد بما يخرج عن غايات الشرع الحنيف[١].

---

[١] الأستاذ / محمد أبو زهرة : **الجريمة** ، دار الفكر العربى رقم ٢٤ ص ٢٧-٢٨.

والسبب فى عدم تطابق دائرة التجريم مع دائرة المخالفات الدينية الأخلاقية يرجع إلى أن ما يقترن بتجريم كل خطيئة أخلاقية من أضرار يكون أكثر من النفع الذى يعود من العقاب عليها. والشريعة الإسلامية راعت بذلك أصلاً عاماً من أصولها ألا وهو أن كشف أسرار الناس، وانتهاك حرماتهم يتنافى مع الأخلاق. فالأخلاق تقضى بأن على الفرد أن يفعل كل ما فيه منفعة للمجتمع ولنفسه، ولكن كما أن كثيراً من الأفعال النافعة للمجتمع لا يمكن أن يأمر بها الشارع، بصورة ملزمة يترتب على مخالفتها عقاب ما فإن هناك أعمالاً ضارة لا يمكن تجريمها، وإن منعتها الأخلاق. فالكذب المجرد تحظره الأخلاق، ولكن لا يمكن أن تمتد يد العقاب إليه، إلا إذا اقترن بفعل معين، وأدى إلى إهدار مصلحة محمية.

والقواعد السابقة تعد من الأصول العامة فى التجريم التى سادت سياسة التجريم فى الشريعة الإسلامية بصفة عامة.

ومن الأسس الشرعية لهذه الأفكار والقواعد العامة لأصول التجريم والعقاب قوله صلى الله عليه وسلم وبارك من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة، ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شئ" وقوله صلى الله عليه وسلم وبارك "إن الله تعالى تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم" والحديثان فى كتب الصحيح[١].

ويبين لنا مما سبق أن الفلسفة التشريعية الكامنة وراء دائرة التجريم فى الشـريعة الإسـلامية والتى تتحصـل فى الحرص على تحقيق هدفين فى ذات الآن، هدف اسـتتباب الطهر العام كظاهر ممكن ومحترم فى المجتمع، وهدف الحفاظ على الحقوق والحريات الخاصـة للأفراد ومنها حرية الاختيار لكل شـخص بين الفضـائل والرذائل . ومن اجتماع كل هذه الأفكار يمكننا أن نرى أسس فكرة "الأنموذج القانونى" فى الشريعة الغراء .

وعلى هذا أمكننا رؤية التشـابه بين مضـمون الفكرة فى الشـريعة الإسـلامية والقانون الجنائى. مما يفتح المجال للاسـتفادة من فكرة "الأنموذج القانونى" فى ظل نظام قانونى إسلامى جزئى أو كامل، سواء فى بحوث القسم

---

[١] ويذهب أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى إلى أن علة هذا المبدأ الخشية من أن يكون ماسا بحرياتهم .

راجع لسـيادته : الفقه الجنائى الإسـلامى : **مجلة القضـاة الفصـلية** ، يناير – يونيو ، ١٩٨٥ص ٧، قرب هذا الأستاذ أحمد فتحى بهنسى : **نظريات فى الفقه الجنائى الاسلامى** ، ١٩٦٣ ص ٤٠-٤١.

العام المتعلقة بأركان الجريمة أو فى المجال الذى نقترحه، ألا وهو النظرية العامة للتفسير.

والخلاصة التى أردت أن أظهر جنباتها عبر عرضى المتواضع لهذه الأفكار العظيمة والتى يحتاج كل منها إلى دراسة خاصة، أن اظهر السبق والوضوح فى ذات الآن للدراسات الشرعية فى الاهتمام بتحديد الجريمة المعاقب عليها تحديداً تاماً احتراماً لمبدأ الشرعية بمعناه المتكامل والذى سبق وأن أوضحناه .

وبذلك بان لنا بجلاء صلاحية نظرية "الأنموذج القانونى" المعروفة فى الفقه القانونى المعاصر للإعمال فى نطاق الشريعة الغراء، ليس فقط فى مجال إعمالها التقليدى فى الفقه الجنائى وأعنى به بحوث القسم العام من قانون العقوبات، بل أيضاً فى نطاق ما ندعو إليه ونقترحه من الاستفادة من هذه النظرية فى مجال معضلة القياس فى المسائل التجريمية حلاً يجمع بين مزايا الرأيين الموجودين فى الفقه الشرعى والقانونى ويتجنب محاذيرهما كما سيبين لنا فى هذا الجزء من الدراسة.

المطلب الختامى

ضبط فكرة اللأنموذج القانونى للجريمة فى

قضاء محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا

أولاً : مدى بروز فكرة "النموذج القانونى" فى قضاء محكمة النقض :

استخدمت محكمة النقض ببراعة فكرة النموذج القانونى للجريمة، من وجهة نظرى ، لكى تؤدى لها دوران:

- **الدور الأول :** الحفاظ على مبدأ الشرعية وضمان عدم الخروج عليه. ويتفرع من ذلك المحافظة على مبدأ هام من المبادئ العامة القانونية فى المجال الجنائى ألا وهو أصل البراءة.
- **الدور الثانى :** التوسع المنضبط فى تفسير النصوص الجنائية وتكملة النقص التشريعى فى الحدود الممكنة قانوناً. وهذا الاستعمال من الممكن أن نعتبره إجازة من المحكمة العليا للمعيار الذى نقترحه.

ويمكننا بسهولة رؤية هذين الدورين اللذان تقوم بهما فكرة النموذج القانونى فى قضاء محكمة النقض من تتبع قضائها على النحو التالى:

- **استخدام محكمة النقض لفكرة الأنموذج تحت مصطلح "نطاق الجريمة":**

قضت المحكمة العليا بأن "لا محل فى تعريف الورقة الرسمية للاستناد إلى المادة ٣٩٠مدنى ... فقد حدده المشرع فى المادتين ٢١١، ٢١٣ عقوبات ..."[١].

- **استخدام محكمة النقض الأنموذج فى تحديد دقيق للاختصاص :**

قضت المحكمة العليا بأن "قاضى التحقيق ولايته عينية... فليس له أن يباشر التحقيق إلا فى نطاق الجريمة المعينة.. دون أن يتعدى ذلك إلى وقائع أخرى..."[٢].

- **استخدام محكمة النقض فكرة الأنموذج القانونى للتمييز الدقيق بين الجرائم المتشابهة :**

تبرز فكرة الأنموذج القانونى فى قضاء المحكمة الموقرة بكثرة حين تمايز المحكمة بين عدة جرائم تتشابه فى كثير من عناصر أركانها المادية ويكمن الفارق بينها فى عنصر واحد أو أكثر من مقومات الأنموذج القانونى لكل منها .

من ذلك تحديد المحكمة العليا للفوارق الدقيقة بين جنايات التزوير وجنحه. وكذلك تحديد المحكمة الموقرة للفوارق بين الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٠ بشأن مكافحة الدعارة .

ولا يخفى تأثير هذا الاستعمال لفكرة الأنموذج القانونى فى تفسير المحكمة العليا للنصوص المشتملة على تلك الجرائم[٣].

---

[١] الطعن رقم ١١٨٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١٦ س ٦ ص ١٦٨ .

[٢] جلسة ١٩٥٩/١٢/٢٢ س ١٠ ص ١٠٥٥ .

[٣] – الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ س ٣٦ ص ٣١٥ . خاص بتمييز جريمة تسهيل الدعارة من غيرها من الجرائم المنصوص عليها بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٠ باستعمال فكرة النموذج القانونى أو نطاق التجريم أو قالبه .

– الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٥/٣/٢١ س ٦ ص ٦٧١ . خاص بجرائم التزوير .

- **المحكمة الدستورية تعرف الأنموذج القانونى تحت ذات المسمى "نطاق الجريمة" :**

قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "منازعات الحيازة، وإن بدت مدينة.. إلا أنها قد تشتعل فيما بين أطرافها إلى حد يوشك أن ينتقل لها إلى نطاق الجريمة.. ومن ثم وضع المشرع تنظيماً جديداً .."[1].

ثانياً : رقابة المحكمة الدستورية العليا على المشرع الوضعى باستخدام فكرة النموذج القانونى :

ويقوم الشارع بتحديد الشروط التى يتطلبها فى الفعل محل التجريم، والتى إن نتفت لأدى هذا إلى عدم جواز توقيع العقوبة على الجانى[2]. ولا تقتصر أهمية الفعل فى مجال التجريم فحسب، بل إن لها أهميتها كذلك فى نطاق قانون الإجراءات الجنائية. والركن المادى ضرورة فى كل جريمة فلا جريمة بغير نشاط مادى[3]. ويعنى هذا أن انتفاء صفة الفعل يؤدى إلى نفى الجريمة، ولو توافر الركن المعنوى، فلا جريمة بغير نشاط مادى ظهر إلى العالم الخارجى، وقام الدليل عليه[4].

وترجع أهمية الركن المادى إلى اتصاله بأسس التجريم والعقاب، وبصيانة الحريات، فضلا عن اتصاله بأسس الإثبات الجنائى. فتجريم الفعل والعقاب عليه

- الطعن رقم ١١٨٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١٦ س ٦ ص ١٦٨ . خاص بتحديد جرائم التزوير تحت مسمى " نطاق الجريمة " .

[1] الطعن رقم ١١٨٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١٦ س ١١ دستورية ص ١٦٨ .

[2] Jurgen BAUMANN: Grundvergriffe und system des Strafrechs verlag W, Kohlhammer m Strygart, (١٩٧٢) S, ٢٢.“ Pas d’infraction sans activite materielle”

- Roger MERLE & Abdre VITU: traites de driot criminel : problemes generaux de la sceince criminelle, driot penal general (١٩٨٤), no٤٥٠, p.٥٧٥.

- د / محمود نجيب حسنى : **علاقة السببية فى قانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص١.
- د / على أحمد راشد : **قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص٢٥٤.
- د / محمد عيد الغريب: **شرح قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، الجزء الأول ص ٤٦٢، ٤٦٣ .

[4] د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى : **المطابقة فى مجال التجريم** ، دار النهضة العربية ، ١٩٩١، رقم ٤٧، ص٦٣.

علته فى أن هذا الفعل يتبلور فيه المساس بحث أو مصلحة لها أهمية اجتماعية، وبغير الفعل فإن النظام الاجتماعى لم يصبه ضرر[١].

ويتصل الركن المادى أيضاً بالحريات العامة، ذلك أن اشتراط ارتكاب الفعل المادى من شانه أن يحصر سلطة الدولة فى العقاب فى مجال معقول، وأن يصون الأفراد عن مؤاخذتهم عما انطوت عليه ضمائرهم وما جال بخواطرهم[٢].

والفعل المادى هو أداة لا تميز بين الجرائم المختلفة والوقوف على طبيعتها وعلى العناصر الداخلة فيها[٣]. ويتصل الركن المادى للجريمة بأسس الإثبات الجنائى: فإنه إذا كان لا جريمة بغير ركن مادى، إنه أيضاً لا عقوبة بغير حكم قضائى والحكم القضائى الصادر بالإدانة يجب أن ينهض على أدلة تثبت وقوع الفعل المجرم، ونسبته إلى مرتكبه، وهو ما لا يتأتى بغير وجود مادى لهذا الفعل[٤]. وذلك على نحو يسهل على سلطات التحقيق والمحاكمة التحقق منه وإقامة الدليل عليه. أما محض الظواهر النفسية التى لم يعبر عنها مادياً، فإنه يكون من العسير إن لم يكن من المستحيل إقامة الدليل عليها، ومن ثم فلا يمكن العقاب عليها[٥].

والفعل محل التجريم هو فى حقيقة الأمر واقعة مادية ظهرت إلى العالم الخارجى. ويتسع مدلول الواقعة ليشمل الفعل الإيجابى والفعل السلبى، كما يتسع ليشمل ما يأتيه الجانى من أفعال غير عمدية متى كان بالإمكان تفاديها[٦].

والفعل يجب أن تتوافر له بعض الشروط التى تجعله صالحا لكى يتدخل الشارع لتجريمه. فيجب أن نكون بصدد فعل إنسانى، ذلك أن الشارع يوجه أوامره ونواهيه إلى الأشخاص الذين يجب أن يأتى سلوكهم مطابقاً لما يأمرهم به القانون[٧].

---

١ Stegani , Leavasseur et Bouloc: no, ٢١١, p.١٨٥

٢ د / محمود نجيب حسنى : **علاقة السببية فى قانون العقوبات** ، **المرجع السابق** ، ص٢.

٣ Stefani, Lavasseur et Bouloc: no ٢١٢, p.١٨٥.

٤ MERLE & VITU: Traite de driot criminel; no٤٥٠, p.٥٧٥;

Smith & Hogan., p.٣٠.

٥ Robison , p.٢٥١.

مشار إليه فى مؤلف د / أشرف شمس الدين : **ماهية الفعل محل التجريم فى قضـــاء المحكمة الدســـتورية** ، ١٩٩٨، ص ٢٥٦.

٦ Beli & ١٧, S.٥٤-٥٥.

مشار إليه فى مؤلف د / أشرف شمس الدين : **المرجع السابق** ، ص ١٥٧.

٧ Baumann: S ٢٣; Jescheck(hans Heinrich) , RUB(Wolffang), WILLMS(Gunther),

ويقرر جانب من الفقه ارتفاع الدستور المصرى بمبدأ ضرورة توافر الفعل المادى فى التجريم إلى مرتبة القاعدة الدستورية. وعلى ذلك قد يحمى القانون الجنائى حقوقاً يقررها الدستور. وعلى العكس من ذلك فقد يرفع الدستور بعض القواعد الجنائية إلى مرتبة المبادئ الدستورية[١].

وإذا كان القانون الجنائى قد قرر أهمية الفعل بحسبانه يرسم الحد الفاصل لتدخل الشارع بالتجريم، فإن الدستور نص، حال تقريره لمبدأ عدم سريان النصوص الجنائية على الماضى، على أنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون، وذلك فى المادة ٦٦ فى فقرتها الثانية. ومفاد ذلك أنه لا يصلح فى نظر الدستور للتجريم ما هو دون الفعل. وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا على تأكيد هذه القاعدة بقولها: "إن الدستور نص فى المادة ٦٦ منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها، وكان الدستور قد دل بهذه المادة على أن لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها بغيره، يتمثل أساساً فى فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابى مفصحاً بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائى ابتداء فى زواجره ونواهيه، هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه إيجابياً كان هذا الفعل أم سلبياً "[٢].

- **العناصر التى ينصرف إليها مدلول الفعل المجرم :**

ينصرف مدلول الفعل إلى النشاط المادى الذى يأتيه الجانى، ومثال ذلك فعل الضرب. كما ينصرف إلى النتيجة الضارة التى يريد الجانى تحقيقها متى كان تحقيق هذه النتيجة عنصراً فى تعريف الجريمة. وبذلك يجب التفرقة بين جرائم

-Stragfgesetzbuch, leibizger kommentar, water de Gruyterm Berlin, ١٩٧٩, vor ١٣, S ١٣; DREHRR(Eduard(& TRONDLE (Herbert): Strafesestzbuch und Nebebgestezem Berlage C.H. Becck, Munchen, ١٩٨٠, vor١.S.٦.

مشار إليه فى مؤلف د / أشرف شمس الدين : ، **المرجع السابق** ، ص ١٥٨.

- د / على أحمد راشد : قانون العقوبات ، القسم العام ، **المرجع السابق** ، ص ٢٥٤.
- د / أحمد عوض بلال : **محاضـــرات فى قانون العقوبات** ، **القســـم العام** ، **النظرية العامة للجريمة** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨، ص ١٥٢.
- د / حسنى الجندى : **شرح قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، ١٩٨٨، ص ٤١٣.

[١] انظر فى تأصيل الصلة بين الدستور والقانون الجنائى د / محمود نجيب حسنى : **الدستور والقانون الجنائى** ، **المرجع السابق** ، ص٢ وما بعدها .

[٢] المحكمة الدستورية العليا جلسة ٣ بوليو ١٩٩٥، القضية رقن ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية ، **مجلة القضاة الفصلية** ، س ٢٧، ع٢، ١٩٩٤، ص ٢١٢ وما بعدها .

السلوك وجرائم النتيجة. ففى الفرض الأول لا يقيم الشارع وزنا للنتيجة التى ترتبت على الفعل.

أما فى الحالة الثانية فإن اهتمام الشارع ينحصر أساساً فى النتيجة دون أن يعبأ بصورة الفعل الذى أفضى إلى هذه النتيجة، ومثال ذلك جريمة القتل. وتفصيل ذلك أن إزهاق روح المجنى عليه يدخل فى التعريف القانونى لجريمة القتل، وهى النتيجة التى يرى الشارع إلى الحيلولة دون وقوعها. ومن ثم كان متصوراً أن يساوى بين الأفعال المحدثة لهذه النتيجة، وهو ما يؤدى إلى التوسع فى مدلول الفعل المحدث لهذه النتيجة[1].

وقد ينصرف مدلول الفعل إلى عناصر أخرى، كما هو الحال فى سن المجنى عليها فى جريمة هتك العرض، متى كان الشارع قد استلزم هذا العنصر فى تعريف الجريمة، كما يدخل فى مدلول الفعل الظروف المختلفة. وإذا كان الأصل أن يقتصر الفعل على العناصر ذات الطبيعة المادية دون العناصر ذات الطبيعة الشخصية، والتى تدخل فى نطاق الركن المعنوى، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد يشتمل الركن المادى على عناصر ذات طبيعة معنوية لشخص آخر خلاف الجانى: فجريمة الاغتصاب على سبيل المثال تنطوى على غياب رضاء المجنى عليها بفعل الاتصال الجنسى غير المروع. فغياب الرضاء فى هذه الحالة لا يشكل عنصراً فى الركن المعنوى الذى يقتصر فقط على الجانى دون غيره من الأشخاص[2].

ولبيان ما إذا كانت هذه العناصر عنصراً فى الفعل يجب الرجوع إلى نص التجريم. وقد يتطلب الشارع فى بعض الأحيان وقوع الفعل من شخص له صفة معينة أو على مجنى عليه له مثل هذه الصفة .

- **يجب أن يكون الفعل المجرم محدداً تحديداً واضحاً :**

لا يكفى أن ينص الشارع على تجريم فعل معين، إنما يجب أن يكون هذا الفعل واضح العناصر على نحو يكفل التحديد الدقيق لماهيته، أما النص على تجرم سلوك يشوب تحديده الإبهام والغموض، فإنه يكون غير صالح للتجريم. وتحديد ماهية الفعل على نحو واضح ودقيق هو فى الواقع قيد على السلطة

---

[1] د / أشرف شمس الدين : **المرجع السابق** ، ص ١٥٨ . وأشار سيادته إلى Smith & Hogan , p.٣٠.

[2] **المرجع السابق مباشرة** .

التشريعية، وتؤدى مخالفة هذه القاعدة إلى أن يكون النص بعيب مشوباً عدم الدستورية لغموضه "**Void for vagueness**"[١].

وإيضاح ماهية الفعل على نحو واضح ودقيق هو الذى يميز بين التوسع المسوح به فى مدلول هذا الفعل، والتوسع الذى يؤدى إلى إضافة أفعال أخرى بما يؤدى إلى خلق جرائم أخرى[٢]. وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن "النصوص العقابية يجب أن تعرف الفعل المجرم تعريفاً يكفل للشخص العادى أن يفهم ماهية الفعل الذى يخطر الشارع ارتكابه، وأن يجرى النص على هذه الأفعال على نحو لا يؤدى إلى التحكم أو التمييز"[٣].

وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا على إبراز هذه القاعدة فى العديد من أحكامها، فبمناسبة قضائها بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتى أغفل الشارع فيها إيضاح طبيعة مسئولية رئيس الحزب عما ينشر فى الجريدة، وإن عدة مسئولا عما ينشر فيها. وقالت المحكمة أنه "........ كان لازماً بالتالى ألا يمون للنص العقابى محملاً بأكثر من معنى، مرهقاً بأغلال تعدد تأويلاته، مرناً مترامياً على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها ، متغولاً، من خلال انفلات عباراته، حقوقاً، أرساها الدستور"[٤].

ويرى بعض الفقه أن من أمثلة النصوص غير المحددة المعالم للفعل محل التجريم ما ينص عليه قانون الأحكام العسكرية المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٦، والذى يجرم "السلوك المعيب" فى المادة ١٦٤. كما يجرم "السلوك المضر بمقتضيات الضبط والربط" فى المادة ١٦٥. وقد كان الشارع ينص فى المادة١٩٥من قانون العقوبات على معاقبة رئيس تحرير الجريدة، أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته[٥].

---

[١] **المرجع السابق مباشرة**. وأشار سيادته إلى Smith & Hogan , p.٣٢.

[٢] Lloyd L WEINRED: Criminal law , fifth ed., the foundation press Inc., New York (١٩٩٣) p.٨٠٧.

[٣] **المرجع السابق مباشرة**. وأشار سيادته إلى :
Kolender v.Lawsonm ٤٦١ U.S. ٣٥٢m ٣٥٧(١٩٨٣)Weinreb, p.٨٠٧.

[٤] المحكمة الدستورية العليا جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية ، **مجلة القضاة الفصلية** ، س٢٧، ع٢، ١٩٩٤ ، ص٢١٢ وما بعدها

[٥] د / أشرف شمس الدين : **المرجع السابق** ، ص ١٥٩ . وأشار سيادته إلى :
Cohen : Actus Reus, p.٢١

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص وقررت فى ذلك أن "الصحيفة تتعدد صفحاتها وتتزاحم مقالاتها، وتتعدد مقاصدها مما يستحيل معه أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعها ناقداً لمحتوياتها ممحصاً بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا يستطيع أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا أن يقيسها وفق نصوص قانونية قد يدق الأمر بشأنها فلا تتحدد تطبيقاتها". وقضت كذلك "وأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أدى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره، ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلا للجريمة إلا من خلال أعمال باشرها تتصل بها، وتعتبر تنفيذاً لها "[1].

ومفاد هذا القضاء أنه يشترط لتجريم الإخلال بواجب الإشراف والرقابة أن يكون بمقدور المكلف بهذا الواجب القيام به. أما اتساع نطاق هذا الواجب وترامیه على نحو يؤدى إلى تعذر القيام به، فلا يصلح أساساً لتقرير المسئولية الجنائية عند الإخلال به .

والخلاصة التى نود تحريرها فى هذه المثابة أن الفعل محل التجريم يجب أن تكون عناصره واضحة على نحو يكفل التحديد الدقيق لماهيته. أما النص على تجريم سلوك يشوب تحديده الإبهام والغموض وغير واضح الدلالة، فإنه يكون غير صالح للتجريم. وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة، كما سلف البيان وقضت بعدم دستورية النص على تقرير مسئولية رئيس الحزب عما ينشر فى جريدة حزبه دون إيضاح واضح لماهية الأفعال التى ارتكبها، ولا طبيعة مسئوليته .

وقد برز لنا فى نطاق القانون المقارن أن المحكمة العليا الأمريكية قضت بعدم دستورية قوانين حددت الفعل الإجرامى على نحو غامض، أو غير واضح الدلالة على المساس بما يبغى الشارع حمايته من حقوق ومصالح[2].

- **فكرة الأنموذج القانونى للجريمة ومقترحنا الاستفادة منها فى عملية تفسير نصوص التجريم :**

إن النظرية العامة للنموذج الإجرامى تنأى بالقاضى عن الحكم بإدانة غير مستحقة، إذ تحدد له بوضوح المعالم المادية للسلوك الإجرامى المحظور. ومن ثم يتحرى بعد ذلك عما إذا كان صاحب هذا السلوك عالماً بتلك المعالم أم جاهلاً

---

[1] المحكمة الدستورية العليا جلسة أول فبراير ١٩٩٧، القضية رقم ٩٥ لسنة ١٨ قضائية دستورية ، **مجلة القضاة الفصلية** ، العدد الأول ، يناير- يونيو ١٩٩٧، ص ١٨٦.

[2] أشار إلى هذا القضاء الدكتور / أشرف شمس الدين :**المرجع السابق** ، ص ١٦٠.

بأى منها لأن جهله، ولو بواحدة منها، يكفى لنفى القصد الجنائى عنه واستبعاد مسئوليته الجنائية عن جريمة عمدية.

تلك هى الأهمية العلمية الأساسية لنظرية النموذج الإجرامى باعتبارها خلاصة فحص نماذج الجرائم المختلفة، والمقارنة بينها كما انتهى إليها الفقه الجنائى. غير أننا بالاجتهاد الذى نحن بصدده نلفت النظر إلى دور جديد لتلك النظرية، ووجه حسن من أوجه أهميتها وتكون لهذه الدراسة السبق فى تبيان ذلك. **وهذا هو ما سنتوافر على تبيانه فى المبحث التالى.**

المبحث الثالث

التأصيل القانونى للمعيار المقترح

التفرقة بين التفسير الواسع والقياس
بالجمع بين نظريتى العلة والأنموذج القانونى للجريمة

وفى هذا المبحث كذلك نتناول خلاصة التفرقة بين التفسير الواسع والقياس، من حيث، أولاً: التأصيل القانونى للمعيار المقترح للتفرقة بينهما بالجمع بين نظريتى، مع بيان العلة والأنموذج القانونى للجريمة، وتسجيل ملاحظة هامة حول أن الحديث خاص بنصوص التجريم فقط، ثانياً: الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين التفسير الواسع والقياس، ثالثاً: التفرقة بين التفسير الواسع والقياس التفسيرى، مع تحليل التعريفين السابقين طبقاً لمكونات المعيار المقترح، رابعاً: القياس كمصدر للقاعدة القانونية وفقاً للمعيار المقترح.

من الواضح أن المعيار الذى نحن بصدد تشييد أسسه قد يؤدى إذا ما أخذ به إلى إنهاء خلافاً واسعاً فى الفقه الجنائى الشرعى والوضعى بشأن القياس على نصوص التجريم ومدى جوازه. ويضع تحديداً لمصطلح التفسير الواسع لمواد التجريم. **ويعد المعيار المقترح وسيلة قانونية منطقية لجمع ما افترق من أقوال الفقهاء بما يؤدى إعماله من تجنب للمحاذير التى رآها المعترضون على إباحة القياس فى مواد التجريم عند تفسيرها من قبل القاضى. ويحدد الإباحة تحديداً وسطياً بعيداً عن الغلو فى الاستعمال والتعسف فى الحظر .**

١ - إن أفكارنا حول العلة والأنموذج القانونى وارتباطهما بمبدأ الشرعية الجنائية بمفهومه المتكامل.

٢ - استخدام العلة فى رسم حدود الشرعية الجنائية (فى إطار المعيار المقترح) سنحاول عرضها على النحو التالى:

أولاً : محاولة جمع ما افترق من آراء الفقهاء تحت مظلة المعيار المقترح:

القياس، كما سلف البيان، هو إلحاق واقعة لم يرد نص يقرر حكمها بواقعة أخرى ورد النص بحكمها، ومنح الواقعة الأولى ذات حكم الأخيرة، لتساويهما فى علة الحكم التى لا تعرف بمجرد اللغة[1].

فاستعمال القياس من جانب القاضى يكون عند البعض[2] عندما تعرض عليه إحدى الوقائع التى ليس لها حكم، فيرى أن ثمة حالة مشابهة للمعروضة عليه قد نظمها الشارع ، فيطبق حكم الثانية على الأولى، وذلك بعد ما يتيقن أن علة الحكم واحدة فى الحالتين .

أما التفسير الواسع فيؤخذ به عندما تكون ألفاظ النص، وعباراته أضيق مما تقتضيه المصلحة المحمية أو الحق المشمول بالحماية ، فالحالة المعروضة على المفسر، لا ينبئ عنها المدلول اللفظى للنص، ولكنها تدخل تحت مدلوله المنطقى، ولذلك يكون دور المفسر هو مراعاة المصلحة المحمية دون الالتفات إلى عدم دقة صياغة العبارات. ويبين من ذلك أن التفسير الواسع ليس نوعاً من أنواع التفسير، بل هو نتيجة توصف بها عمليه التفسير حين ينتج عنها توسع فى التفسير لنص ما.

ويعبر آخرون عن الفكرة ذاتها بالقول بأن القياس يكون فى حالة انعدام النص، فيكون دور المفسر هو إعمال حكم قاعدة قانونية بتطبيقها على تلك التى لا يوجد حكم بصددها وذلك لاشتراكهما فى علة الحكم[3].

ولكننا نرى أن القياس فى بعض الأحيان لا يكون بسبب انعدام النص، بل بسبب اكتفاء المشرع بتحديد الشكل العام للجرم، أى الأنموذج القانونى للجريمة، مع ترك اللفظ فضفاضاً يصلح لاستيعاب الوقائع التى تجد وإن جاءت على صور وبأساليب محدثة وغير معروفة عند وضع النص .

ويذهب الفقه إلى أن وجه الاختلاف بين التفسير الواسع والقياس، يكمن فى أن الأول يكون بصدد حالة منصوص عليها من الشارع، ولكنه استخدم

---

[1] الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **أصول الفقه** ، الطبعة السادسة ١٩٥٤، ص٥٥ . وانظر فى تعريف القياس، الفصل السابق.

[2] د / مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٨ وما بعدها.

– د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٦٠ .

[3] د/ مأمون سلامة : **قانون العقوبات، القسم العام** ، الطبعة الأولى ، دار القلم ١٩٧٥، ص ٤١،٤٢.

د/ مأمون سلامة : **حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون**، ص٥٣.

تعبيرات غير ملائمة، بينما القياس يكون بشأن الحالة التى لم يتضمنها النص[1].

ولكن يعيب هذا الرأى عدم الوضوح والتعميم غير الدقيق، إذ ليس التفسير الواسع قرين الصياغة المعيبة، أو غير الملائمة للنص، بل قد يكون التفسير الواسع ناتجاً من تفسير نص ذو صياغة صحيحة ودقيقة، وقد عرضنا فى الباب الأول للتخبط، وعدم الضبط الذى اعترى الفقه بصفة عامة عند محاولته التفرقة بين التفسير الواسع والقياس، وقد حدا ذلك الوضع بالبعض إلى الإقرار بصعوبة التفرقة بينهما.

وذهب آخرون إلى استحالة التفرقة، وتردى فريق فى غياهب التعميم غير الدقيق فقرر أن القياس هو التفسير الواسع[2].

ولا غرو أن كل قياس على النص يمكن أن يوصف بكونه تفسيراً واسعاً للنص باعتبار النتيجة التى أدى إليها إعماله من اتساع النص لحالات أكثر مما تتحمله ألفاظه، غير أن العكس تعميم غير دقيق، فليس كل تفسير واسع هو من قبيل القياس. إن التفسير الواسع يتمثل فى تحديد نطاق القاعدة القانونية مع عدم تجاهل الألفاظ والتعبيرات المستخدمة وإن كانت سيئه الصياغة، هو دخل فى مجال التفسير، بينما لو تجاوزنا عن الألفاظ التى يحتويها النص وأسقطت من الاعتبار بحيث يمكن التوصل إلى أن القاعدة تحيط بحالات أخرى لم تذكر صراحة، إلا أنها تدخل فى مضمونها لاتحاد العلة نكون بصدد القياس[3].

وتذهب محكمة النقض الإيطالية فى حكمها الصادر فى ٨أغسطس ١٩٥٩تحت رقم ٢٤٠٠إلى أن: "التفسير الواسع بعكس القياس يكون بتوسيع

---

[1] د/ محمود نجيب حسنى : **المرجع السابق** ، ص٢٦١ وما بعدها .

- DE ASUA, L'analogie op. Ci.p.١٩١.

[2] د / سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص١٥٨ . مشار إلى معظم تلك الآراء بمؤلف أستاذنا د/ مأمون سلامة: حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص٥٥.

انظر كذلك فى عرض الآراء المختلفة والحيرة التى تنتاب الفقه فى بحث التفرقة بين التفسير الواسع والقياس د/سليم العوا : **المرجع السابق** ، ويلمح سيادته إلى احتياج المسألة لبحث متخصص سواء فى الفقه الجنائى الشرعى أو الوضعى ، ولعل فى معيارنا المقترح بداية الاستجابة لهذه الدعوة السديدة التى أطلقها سيادته .

[3] د/ مأمون سلامة : حدود سلطة القاضى الجنائى فى تطبيق القانون ، **المرجع السابق** ، ص٥٥.

القاعدة التى يحتويها التشريع على أساس استخلاص المعنى من العبارات وروح التشريع"[1].

وعلى هذا الأساس يرى بعض الفقه أن التفسير الواسع يكشف عن معنى كان يريده الشارع، وكان يدور بخلده عند وضع النص، أما القياس فيتعلق بحالات لم تخطر على ذهن الشارع، بل هو يخلق قاعدة جديدة مستعينا فى ذلك بما ورد فى التشريع عن طريق حلول لحالات مشابهة، فالتفسير الواسع يكمل عبارة التشريع، بينما القياس يكمل فكرة التشريع[2].

على أن هذا القول محل نظر، ذلك لأن الأخذ بالمعنى الذى يدور بخلد الشارع عند وضع النص كأساس للتفسير الواسع يقودنا إلى معيار شخصى بينما نرى أنه يجب أن يكون معيار التفسير موضوعى يتمثل فى رعاية المصلحة أو الحق موضوع الحماية .

كما أن القول بأن القياس تكملة لفكرة التشريع محل نظر أيضاً، إذ هو كما أسلفنا على الأقل فى أحد نوعيه، يعد تطبيقاً لفكرة التشريع وليس تكميلاً لها. ومن ثم يكون التفسير الواسع هو نوع من التفسير يكون فى الحالة التى يعبر فيها الشارع عن غاية النص بألفاظ يدل مفهومها الحرفى على معنى أضيق من المفهوم الذى قصده الشارع.

أو بعبارة أخرى يكون النص التشريعى قد قال أقل مما أراد المشرع بالمفهوم الموضوعى. لذلك فإن التفسير الواسع يجد حدوده فى النطاق الذى يمكنه أن تمتد إليه الألفاظ المستخدمة للتعبير عن الغاية، فى حين أن القياس فى بعض صوره يتوافر عندما لا يمكن إدراج الواقعة المعروضة على المفسر تحت مضمون النص حتى فى حالة التوسع فى تفسيره. فيتم تقرير حكم هذه الحالة استناداً إلى العلة التشريعية بين الواقعة المنصوص عليها وغير المنصوص عليها[3]. ولذلك، فإن القول بأن التفسير الواسع والقياس هما تعبيران عن عملية واحدة فى التفسير قد جانبه الصواب، ذلك أن التفسير الواسع نتيجة لعملية التفسير وليس وسيلة من وسائله[4].

---

[1] انظر فى ذلك Laserra (G)، نقد التفسير الواسع مقال مجلة القضاء الإيطالية الجزء الأول ، فصل الأول ، ص ١٠٢-١٠٤.

أشار إليه د/ محمد صبرى السعدى: **المرجع السابق** ، ص٢٠٠ هامش رقم ٢٥.

[2] د/ عبد الحى حجازى : **المرجع السابق** ، ص٥٦.

[3] د/ مأمون سلامة : **قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، ١٩٨٣، ص٥١.

[4] د/ مأمون سلامة : قانون العقوبات، القسم العام ، **المرجع السابق** ، ص٥٠.

بينما يرى جانب كبير من الفقهاء أنه يترتب على الأخذ بالقياس والتفسير الواسع فى مواد التجريم والعقاب إهدار مبدأ الشرعية بمعناه المستقر لديهم. ولكن عند التدقيق نرى مخالفة هذا الرأى لمنطلقاته المنطقية. فإن التفسير الواسع لا يمثل أية مخالفة للمبدأ المذكور بإجماع الفقه المعاصر، لذلك فإنه لا يمكن التسليم باستبعاد التفسير الواسع من نطاق القواعد التجريمية. إذ أن التفسير الواسع لا يمكن التزامه سلفاً كطريقة من طرق التفسير، ولكنه أمر يستظهره المفسر وفقاً لما يتضح له من الغاية من القاعدة التجريمية[1].

ولذلك ذهبت محكمة النقض الإيطالية إلى أن "التفسير الواسع مسموح به فى نطاق قانون العقوبات، فهو يهدف إلى المطابقة بين مضمون القاعدة وإرادة الشارع، ذلك أن احترام العلة التشريعية يوجب على المفسر تطبيق القاعدة بشكل يتفق معها، ولو اتسع مضمون القاعدة عن ذلك الذى توحى به الألفاظ المستخدمة للتعبير عنه"[2]. وقد ساوت محكمة النقض المصرية بين التفسير الواسع والقياس فى القول بحظرهما على القاضى الجنائى على الرغم مما يوجد بينهما من فروق جوهرية .

وعلى ذلك صار قضاؤها مضطرداً على أنه من المقرر أنه "لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه، ويبين العقوبة الموضوعة له مما يقتضيه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى، وعدم الأخذ فيه بطريق القياس"[3].

وإذا كانت المحكمة الموقرة قد بدأت بمقدمة صحيحة، وهى أنه لا عقوبة إلا بنص، بيد أن النتيجة التى توصلت إليها قد جانبها فيها التوفيق، إذ أن التفسير الواسع لا يهدر مبدأ الشرعية، وإنما هو نتيجة لعملية التفسير التى تستهدف الغاية من تقرير النص .

وفى حكم آخر ذهبت المحكمة العليا إلى أنه: "من المقرر أن جرائم التزوير المعاقب عليها بعقوبات مخففه ، والمشار إليها فى المادة ٢٢٤ من قانون العقوبات التى تمنع سريان أحكام التزوير العامة على جرائم التزوير المنصوص عليها فى قوانين عقوبات خاصة، قد جاءت على سبيل الاستثناء، فلا يصح التوسع فى تطبيق تلك المواد أو القوانين بإدخال وقائع

---

[1] د / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٣٧٥ وما بعدها .

[2] نقض ايطالى الدائرة الثالثة ٢٥ مارس سنة ١٩٦٣، العدالة الجنائية ١٩٦٤، ط، ٧٣ مشار إليه فى مؤلف د/ مأمون سلامة : القسم العام ، **المرجع السابق** ، ص٥١.

[3] نقض ٢٧ مارس سنة ١٩٧٢، **مجموعة أحكام محكمة النقض** س٢٣ رقم ١٠٧ ص٤٨٣.

لا تتناولها نصوص، أو بما به حكمها إلى نوع آخر من أنواع التزوير غير المنصوص عليها فيها "[1].

وقررت كذلك "ولا محل للاستشهاد بحكم المادة ٦٨ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦١، والتى تقضى بأن تصرف للمستحقين عن المؤمن عليه فى حالة فقده معونة تعاد معاش الوفاة ، ذلك أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٧١ مكرراً هو نص استثنائى على ما سلف البيان، فلا يجوز التوسع فى تفسيره عن طريق القياس أو الاستنتاج من باب أولى كما ذهب الحكم المطعون فيه "[2].

وهذه العبارات التى درجت محكمتنا الموقرة على ترديدها فى أحكامها دون أن تلتزم هى بمقتضاها قد سبق وأن أدلينا بدلونا فى معناها ومرماها والآثار القانونية التى نعتقدها مترتبة عليها، وذلك عند بحثنا لمهمة المحكمة العليا فى الباب الأول. وحسبنا هنا الإشارة لتبيان أهمية الموضوع والآثار الإيجابية المؤملة من إعمال المعيار المقترح فيما لو صادقت المحكمة العليا عليه واعتنقته فى قضائها المبرم .

ثانياً : الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين التفسير الواسع والقياس: (أهمية المعيار المقترح للفقه والقضاء الجنائى الشرعى والوضعى)

بادئ ذى بدء نقرر أن هذه التفرقة التى يحاول الفقه الجنائى على وجه الخصوص تكريسها ومعرفة ضوابطها، ليست من قبيل الترف العلمى، بل إن لها آثاراً قانونية هامة تترتب عليها.

فمن ناحية أولى يعد الخلاف الفقهى حول مدى جواز التفسير الواسع للنص الجنائى أقل درجة منه بالنسبة للقياس أياً كان نوعه، ومن ثم يكون تمييز التفسير الواسع من القياس أمراً مهما للقاضى الجنائى والفقيه.

ومن ناحية ثانية، فإن الدقة العلمية تقتضى تبيان الفروق بين المصطلحات المختلفة خاصة فى موضوع على جانب كبير من الأهمية مثل تفسير النص الجنائى. فإذا بان وحدة المسمى للمصطلحين وجب التقرير

[1] نقض ٢٠مارس سنة ١٩٧٢، **مجموعة أحكام محكمة النقض** ، س٢٣ رقم ٩٦، ص٤٤٠.

[2] جلسة ١٥ /١٩٧٢/٣/ نقض مدنى ص ٤١٨ س ٢٢ .

جلسة ١٩٧٤/١١/٦ نقض مدنى ص ١٢٠٨ س ٢٥.

وسيأتى فى الفصل التالى استقراؤنا لقضاء محكمتنا العليا الموقرة الذى استعملت فيه قاعدة الاستنتاج من باب أولى فى التفسير ، والتى ألفيناها تتجاوز المائة مبدأ فى المسائل الجنائية ومثل هذا العدد من المبادئ تقريباً فى المسائل المدنية .

بوحدة المسمى، والمصطلح المعبر عنه. وما دام قد أمكننا التوصل لفرق ما بين التفسير الواسع والقياس فلا بد من تبيانه وضبطه مهما كانت أوجه الشبه والاتفاق بينهما.

إذاً فالتفسير الواسع والقياس التفسيرى ينتميان إلى المنهج المنطقى فى التفسير بالمعنى العام، غير أن العلة التشريعية هى التى تفرق بينهما فى مجال إعمال كل منهما. والأنموذج القانونى للجريمة هو الوعاء الذى يجمعهما من ناحية أخرى. إن المعيار المقترح يحل إشكالية التفرقة بين التفسير الواسع والقياس، والتفرقة بين نوعى القياس من ناحية ثانية .

ثالثاً : التفرقة بين التفسير الواسع والقياس التفسيرى :

بداية يجدر التنويه إلى أن أوجه الاتفاق بينهما، فى إطار معيارنا المقترح، تتمثل فى جانبين:

١- انتمائهما المبدئى للمنهج المنطقى فى التفسير.

٢- أن الأنموذج القانونى للجريمة هو المعيار الموضوعى المبين للحدود النهائية لهما، أى للتفسير الواسع والقياس التفسيرى، عند تفسير النص القانونى.

وعلى ذلك يمكننا وضع التعريفين المحددين لكل من التفسير الواسع والنوع الأول من نوعى القياس، ألا وهو القياس التفسيرى، فنقول:

التفسير الواسع هو استخدام أساليب وقواعد المنهج المنطقى فى تفسير النص الجنائى عند عدم اكتمال أركان القياس، أو عدم إمكان إعماله مع ظهور انطباق إرادة النص على حالات لا تستوعبها مدلولات ألفاظه، كلما كانت علة النص غير متعدية، أى لا يمكن القياس عليها، وفى حدود الأنموذج القانونى للجريمة محل النص الجارى تفسيره.

والقياس كوسلية تفسير هو أيضاً إعمال لقواعد المنهج المنطقى بما يعنيه من بحث فى علة النص عند تفسيره، كلما كانت تلك العلة متعدية ومستوفية للأركان المعروفة للقياس، ولكن فى حدود الأنموذج القانونى للجريمة محل النص.

- **تحليل التعريفين السابقين طبقاً لمكونات المعيار المقترح :**

وبيانا لما تقدم نقول أن العلة باعتبارها الوصف المنضبط الظاهر الذى تبنى عليه الأحكام المستنبطة من النص، يلزم لكى تصلح أساساً يبنى عليه القياس أن تكون متعدية. فإن لم تكن كذلك جاز استعمالها لبيان المصلحة المحمية من وراء النص. والعلة المتعدية لازمة لإمكان إعمال القياس

بأركانه الشرعية والوضعية سواء بسواء، والعلة غير المتعدية لا يمكن معها إعمال القياس[1]. لما كان ذلك، وكان الأنموذج القانونى للجريمة من ناحية أخرى هو بمثابة الوصف المنضبط، والوعاء المحدد لقواعد التجريم بصفة عامة.

ومن جانب ثان تعد نظرية الأنموذج القانونى "نظرية عامة" لها أسسها وأركانها المعروفة فى القانون الجنائى، ويمكن اتخاذها مع فكرة "العلة"، بنوعيها المتعدية وغير المتعدية، أو فكرة "الحكمة" الجامعة لهما ليكونا معياراً موضوعياً ثابتاً للتفرقة المنشودة الغائبة حتى الآن فى الفقه الجنائى، بين التفسير الواسع والقياس كوسيلة تفسير للنص، والقياس كمصدر للقاعدة القانونية الجنائية.

وهكذا أصبح للعلة حالتين، وبالاستعانة بفكرة الأنموذج القانونى للجريمة فى حالتى العلة، نصبح أمام شكلين تتشكل فى أيهما عملية التفسير التى ما زالت مرتبطة بالنص ارتباطاً يجعلها فى منأى عن قالة الخروج عن دائرة التفسير.

الشكل الأول : ويتجلى ظهوراً حين يعمل المفسر حكم النص على الوقائع المعروضة عليه لدخولها فى إطار القالب القانونى للنص، والمتمثل فى الأنموذج القانونى للجريمة محل النص. بيد أنه فى هذه الحالة تكون شرائط القياس غير مكتملة ، كأن تكون العلة غير متعدية أو غير ذلك من الحالات التى تتوافر فيها الحكمة بمعناها العام دون العلة بمعناها الخاص. فيصلح حينئذ ، بتوافر المصلحة المحمية، وفى حدود وإطار الأنموذج القانونى، **إتمام عملية تفسير واسع للنص التجريمى** دون أدنى خوف على المساس بمبدأ الشرعية .

بل إن الإحجام عن القيام بالتفسير على النحو السابق، هو الذى يعد إهمالاً لقصد الشارع من حماية مصلحة ما تدخل فى إطار النص على النحو المتقدم.

الشكل الثانى: ويبتدى بياناً إذا كانت العلة متعدية، وبقية أركان القياس مكتملة، وكان النص القانونى يستوعب فى قالبه المتمثل فى الأنموذج القانونى للجريمة التى يرسم حدودها النص، يستوعب الواقعة المعروضة. فنكون أمام حالة قياس يجب على القاضى ألا يتقاعس فى القيام بها كوسيلة من وسائل التفسير المشروعة والمتاحة له دون أن يتورع محجماً، ورعاً فى غير محله، عن إعمال ذلك القياس "كوسيلة تفسيرية" إذ هو فى أمان من قالة الخوض فى مهمة التشريع ذلك الأمان الذى يمده به ضابط النموذج القانونى الذى يحده فلا يخرج عنه وسياج

---

[1] راجع ما سبق فى أول هذا الباب من تعريف العلة وبين شروطها فى الشريعة الغراء والقانون . وتحبيذنا لرأى فضيلة الشيخ مصطفى شلبى فى الموضوع .

الشرعية بمفهومها المتكامل والمرن، الذى سبق وأن عرضناه، فلا يضل عنه هدفه الأسمى وغايته المنشودة دوماً ألا وهى تحقيق العدالة بمفهومها المتوازن .

رابعاً : القياس كمصدر للقاعدة القانونية وفقا للمعيار المقترح :

والقياس كمصدر للقاعدة هو القياس المعروف بأركانه متى كان خارج حدود الأنموذج القانونى للجريمة.

إذاً فالتفسير الواسع والقياس التفسيرى يحدهما الأنموذج القانونى للجريمة محل النص الجارى تفسيره. وبالتالى لا سبيل للقول بأن القاضى فى هاتين الحالتين قد خرق مبدأ الشرعية الجنائية ، بل على العكس يكون القاضى قد أعمل المبدأ فى نطاقه الصحيح، وهو ما يتماشى مع تفسير جمهور الفقه الآن لمبدأ الشرعية[1].

وكذلك يبدو هذا الذى نقول به منسجماً مع المبدأ المعروف فى الفقه الأمريكى بوجوب إخطار المكلف بالجريمة[2].

فما دام الأنموذج القانونى للجريمة محل النص يرسم الحدود النهائية لإعمال قواعد المنهج المنطقى متمثلة فى أساليب التفسير الواسع أو القياس التفسيرى، فلا سبيل للقول بالحظر والتذرع بالخروج عن مبدأ الشرعية.

بل إن غل يد القاضى أو الفقيه عن التفسير الصحيح للنص، إذا استلزم ذلك إعمال قواعد المنهج المنطقى، يكون خرقاً لمبدأ المشروعية من منظوره المقابل بمعنى إفلات الجناة من العقاب وضياع حقوق المجنى عليهم، والمجتمع تحت ستار المبدأ وهو ما لم يقل به أحد من الفقهاء.

إن القياس كمصدر للقاعدة ، وفى الحدود التى رسمناها، أى خارج نطاق الأنموذج القانونى للجريمة محل النص، يعد منشئا لقاعدة التجريم، وهو ما يعد فى الأساس عملاً تشريعياً يخرج بطبيعته عن سلطان القضاء. على أن هذا النوع من القياس، مع التسليم بأنه أحد مصادر القاعدة القانونية، لا يعد حكمه إعمالاً لقاعدة تشريعية موجودة .

ولكن بعد أن أمكن حصره وتحديده بالمعيار المقترح، فقد يكون للقاضى أن يعمله فى إطار هذا الفهم الصحيح مستنداً إلى وظيفة مستقلة أناطها الشارع

---

[1] راجع الباب التمهيدى من هذه الدراسة والمدلولات المختلفة لمبدأ الشرعية والمدلول الراجح شرعاً وقانوناً والذى أسميناه المدلول المتكامل والمرن لمبدأ الشـــرعية الجنائية فى إطار المبدأ الأشمل الحاكم للدولة القانونية ألا وهو مبدأ المشروعية .

[2] راجع عرضنا لهذا المبدأ والمراجع التى أشرنا إليها فى الباب التمهيدى .

به تلتمس حدودها وشروطها فى نصوص شتى، وفى روح القانون وأهداف النظام القانونى بصفة عامة، وكما رسمها الدستور والتشريع. ألا وهى وظيفة سد النقص فى التشريع عند الضرورة وبقدر تلك الضرورة ، وذلك يحتاج إلى تفصيل وتأصيل. وقد وفينا هذا الموضوع حقه فى مطلع هذا الباب، غير أننا نريد فى هذه المثابة إلقاء ضوء جديد من زاوية أخرى على ذات الموضوع دعت إليها النظرة المنطقية الشاملة التى نتجت عن إعمال المعيار الجديد المقترح .

إن الخوض ثانية فى ذلك المعترك الصعب، بعد ما سلف من إظهارنا للمعيار المميز للتفسير الواسع والقياس التفسيرى، إنما يأتى ليؤكد على كون الحديث عن سد النقص فى التشريع أحياناً، كعمل منوط بالقضاة لا ينتمى البتة إلى النظرية العامة للتفسير، ولكنه حتما يتعلق بالتفسير. ذلك، بأن منتهى تفسير النص هو الوقوف على معناه الصحيح قبل إعماله على الوقائع المعروضة عليه .

وحين يقرر القاضى أنه سيلجأ بالضرورة لسد النقص فى التشريع، يكون قد أعلن بصورة غير مباشرة أن أدوات تفسير النص قد أعوزته. وذلك بما فيها القياس التفسيرى، عن بلوغ المرمى الذى يراه ضروريا للقيام بوظيفته فى إقامة العدل، وإيتاء الحقوق لأصحابها.

ومن ثم فعليه أن يقطع شوطا أبعد من النص، ولكن فى إطار روح النص وحكمته. وهو لا يجد بعد قواعد التفسير برمتها سوى القياس كمصدر للقاعدة، أو المبادئ العامة للقانون. وذلك لكى يظل مرتبطاً بالنص بشكل ما منضبط وموضوعى يطمئن هو به، بذاته ووجدانه، على أدائه لواجبه، ويطمئن المتحاكمين إليه على شرعية حكمه.

ولكن لماذا لا ينتهى الحديث قبل أن يبدأ بالقول بأن القاضى فى هذه الحالات عليه أن يقضى بالبراءة لعدم وجود نص يجرم الواقعة[1]؟

إن الأمر ليس بهذه السهولة، وذلك لأن القاضى ليس موظفاً لتفسير القانون، بل حاكماً بالقانون لإقامة العدل وتوصيل الحقوق لأربابها. فقضاؤه أحياناً بالبراءة يصدم شعوره هو ذاته بل وأحياناً المجتمع بعدم العدالة من حكم البراءة، لأن ثمة اعتداء قد وقع وحق قد اعتدى عليه.

وليس أدل على إيضاح فكرتنا السابقة، من ضرورة مد الحكم بتجريم فعل ما باستخدام النوع الثانى من القياس أى كمصدر للقاعدة القانونية، ليس أدل

---

[1] راجع ما سبق ص ٩٥٦ من تساؤلات طرحناها بغية توضيح أفكارنا فى المسألة المثارة بالمتن .

على ذلك من تحرك أجهزة الضبط والادعاء، وهى ليست عليمة بعلوم التفسير، ولكن لديها الفهم الإجمالى لنصوص التجريم بما يوحى إليها وإلى المجنى عليهم ، بل والمتهم أحياناً أن هناك جرماً وعدواناً يستحق الردع والقصاص. فأنى لكل هؤلاء أن يفقهوا حكم القاضى بالبراءة فى هذه الحالة لأن متن النص، وليس روحه، لم يسعفه فى القضاء بالإدانة العادلة .

وفى هذه اللحظات العصيبة التى يمر بها القاضى العادل المتنسك فى محراب العدل، والذى يأبى أن يتحول إلى موظف ينجز الأقضية بقضاء جائر بالبراءة، حين تعوزه النصوص القاصرة، فى هذه اللحظات المفعمة بتلك المعاناة الخفية التى لا يدركها إلا العالمون، يرفع القضاة عصاة العدل تلقف النقص التشريعى، وتتمثل عصاتهم تلك فى القياس المصدرى والمبادئ العامة للقانون.

إن التساؤل الدائم التردد فى جنبات هذه الدراسة، وهو هل هذه الوجهة من النظر تعد دليلاً يمكن أن يضاف إلى ما سلف بيانه من حجج تتأسس عليها سلطة القاضى الجنائى فى تكميل النقص التشريعى بالضوابط والمعايير المذكورة؟ ومن ثم تصبح تلك السلطة حقاً ثابتاً للقضاة، وجزءاً من سلطانهم وأدوات حكمهم، كما هو الأمر فى ثبوت واجبهم وحقهم فى تفسير النصوص، ومن ثم يتقرر للقاضى فى حالات معينة أن يسد النقص فى تشريع جنائى ما.

وحسبنا أننا وضعنا للقاضى الجنائى ضوابط وأطر وحدود لا يتعداها عند قيامه بتلك المهمة، ورتبنا الآثار القانونية على تصرفاته فى الحالتين، وأقمنا الدليل، وشيدنا التأصيل على مقترحاتنا. كما أن المعيار الذى نقترحه، قد وافق تطبيقات فقهاء الشريعة الغراء، وجاز لذلك اعتماده فى الفقه الجنائى الإسلامى كذلك .

وقد اجتهدت وسعى فى استقراء وتتبع الأمثلة الفقهية الشرعية، والنظر فى آراء فقهاء الأصول القدماء والمتأخرين حول القياس فى المسائل الجنائية على وجه الخصوص، بعد بحثى له بوجه عام فى مطلع هذا الباب. و قد أفضى بى البحث إلى الاجتهاد التالى.

المبحث الرابع

موقف الشريعة الغراء من المعيار المقترح

صلاحية المعيار المقترح للإعمال فى مجال التشريع الجنائى الإسلامى

(مدى إمكان الاستفادة منه فى تفسير التشريع الجنائى الإسلامى)

وفى هذا المبحث نتناول موقف الشريعة الغراء من المعيار المقترح من خلال صلاحيته الشرعية (الأساس الشرعى للمعيار المقترح فى الشريعة الإسلامية)، وجواز القياس فى الأحكام عند الطائفتين، والتفسير الواسع فى المواد الجنائية موجود لدى الشرعيين، القياس فى الأحكام (داخل الأنموذج)،والقياس فى أسباب الأحكام (خارج الأنموذج)، والتفسير الواسع فى المواد الجنائية موجود لدى الشرعيين، وصلاحية المعيار المقترح للإعمال فى مجال التشريع الجنائى الإسلامى، وبيان مدى إمكان الاستفادة منه فى تفسير التشريع الجنائى الإسلامى، مثال قياس الشبه (ذات الموضوع)، وأخيراً، الأساس الشرعى للمعيار المقترح.

إن المعيار المقترح يحل الخلاف بين الطائفتين فى الشريعة بالجمع بينهما وبتوضيح مجالات وإعمال كل من الرأيين. نجد أن الرأى المقترح يحافظ على أدلة رجحان كل منها فى مجال الإعمال الصحيح لكل تكييف مما سبق. فالقياس حين يكون وسيلة تفسير هو ذلك الذى يلتزم قواعد القياس فى إطار الأنموذج القانونى. وعندما يخرج عن ذلك الإطار فإن أدلة القائلين بكون القياس وسيلة لتكملة للنقص فى التشريع سوف نجدها تترجح ذلك بأننا أصبحنا فى مجال التفسير المصدرى، والأمر فى الشريعة الغراء على ذات المدار.

والتفرقة بين التفسير الواسع والقياس بنوعيه، كذلك طبقاً للمعيار المقترح له ما شابهه فى الفقه الإسلامى وتنسحب بالتالى أدلة تقريره عليه، أى على المعيار.

والأمثلة فى الفقه الإسلامى على صحة نظرنا هذا كثيرة، ومنها أيضاً أن شرب النبيذ المسكر موجب للحد عند الإمام الشافعى رضى الله عنه كالخمر، وغير موجب عند أبى حنيفة رضى الله عنه، لأن النص ورد بإيجاب الحد بشرب الخمر، والخمر اسم للنئ من ماء العنب حقيقة ، وإنما سمى سائر الأشربة خمراً مجازاً، لاتصال بين النئ من ماء العنب وسائر الأشربة فى المعنى، فقد اتفقنا على أن الحقيقة مرادة بالنص، فلا يكون المجاز مراداً معها[١].

---

[١] – الكمال بن الهمام : **التقرير والتحبير** ، شـــرح التحرير: (الجزء الثانى ، ص ٢٤ – ٢٥ . ولاختلاف الرأى فيها بين أبى حنيفة والصاحبين رحمهم الله راجع أصول السرخسى ، الجزء الأول ، ص ١٨٤– ١٨٧ .

ومنها أيضاً أن السارق يؤتى على أطرافه الأربعة عند الإمام الشافعى رضى الله عنه عملاً بقوله تعالى **"وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا"**[1]، فإنه أمر مقتضاه التكرار بتكرار السرقة .

وعند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه لا يقتضى التكرار، فلا يقطع فى المرة الثانية، وهكذا: إذا تكررت السرقة فى العين الواحدة يتكرر القطع عند الإمام الشافعى رضى الله عنه ويتكرر عند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه[2].

ومن تلك الأمثلة أيضاً أن تارك الصلاة متعمداً، إذا امتنع عن قضائها قُتل عند الإمام الشافعى رضى الله عنه[3]. وعند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه لا يقتل بل يحبس ويضرب، ومثار هذا الاختلاف تردد الصلاة بين مشابهة الإيمان وسائر الأركان[4].

وفقهاء الأصول يؤصلون المسألة بقولهم أن كل حكم شرعى أمكن تعليله، فالقياس جائز فيه عند الإمام الشافعى رضى الله عنه وذهب أصحاب الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه إلى أن القياس لا يجرى فى الكفارات[5].

وأما عن النوع الثانى من القياس والذى يتم خارج إطار الأنموذج القانونى للجريمة. فنجد شبيهاً له عند فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يعرف بالقياس فى أسباب الأحكام، ولا مانع من إجراء القياس فى أسباب الأحكام عند الإمام الشافعى رضى الله عنه. وذهب الحنفية وطائفة من أصحاب الإمام الشافعى إلى منع ذلك.

---

[1] سورة المائدة الآية ٣٨ .

[2] – أبى بكر الجصاص : **أحكام القرآن** ، الجزء الثانى ، ص ٥٢٣ .

– شرح القدورى ، ص ٣٥٨ .

[3] – الإمام / النووى : **المجموع** ، **شرح " المهذب "** ، الجزء الثالث ، ص ١٥ – ١٨ .

[4] – **حاشية ابن عابدين** ، الجزء الأول ، ص ٢٣٥ ، على الدار المختار .

– **نيل الأوطار** ، الجزء الأول ، ص ٣١٥ .

[5] من هنا قال الإمام النووى : واحتج أصحابنا على قتله بقول الله تعالى " اقتلوا المشركين " إلى قوله تعالى " فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم " وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ، ويقيموا الصالة ، ويؤتوا الزكاة ، فإذا فعلوا ذلك عصموا منى دماؤهم وأموالهم " روه البخارى ومسلم ، وبالقياس على كلمة التوحيد . **المجموع** ، شرح المهذب للنووى ، الجزء الثالث ، ص ١١٩ .

– د / محمد أديب صالح : **تخريج الفروع على الأصول** ، **المرجع السابق** ، ص ٨١ ، ٨٢ .

وهذا بخلاف القياس فى الأحكام كما رأينا من قبل، فإن ثبوت الحكم فى الأصل لا ينافى كونه معللاً بالقدر المشترك بينه وبين الفرع .

ومن الأمثلة الفقهية التى يمكن سوقها فى هذا الصدد يتعلق بجريمة الزنا. واسم الزنا يطلق حقيقة على الزانى والزانية عند الشافعية، ومسمى اللفظ متحد والتعدد فى محالة، بدليل قوله تعالى "**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا**"[1]، واتحاد الاسم يدل على اتحاد المسمى ظاهراً وغالباً، ولذلك استويا فى استحقاق العقوبة .

وذهبت الحنفية إلى أن الاسم يطلق على الرجل حقيقة، وعلى المرأة مجازاً، ووجه المجاز أنها نسبت إلى فعل الزنا فسميت زانية ، ولأن الزنا عبارة عن فعل ولا فعل لها وإنما هى محل الفعل وممكنة منه .

يتفرع عن هذا الأصل: أن العاقلة البالغة إذا مكنت صبياً، أو مجنوناً، أو نزلت على رجل مكره، مربوط فى شجرة، واستدخلت فرجه، لزمها الحد عند الشافعى رضى الله عنه ، لأنها زانية ، لفعلها وتمكينها[2].

وعند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه لا يلزمها لأن الزنا عبارة عن فعل محرم، والفعل من الوطئ، وهى محل لا فعل لها. ويبدو أن هذا الخلاف وما يستتبعه من توسع أو تضييق فى مدلول جريمة الزنا الحدية يدخل فى إطار التفسير الواسع ويخرج عن مسألة القياس. ومعيارنا المقترح صالح للإعمال فى هذه الحالة. وتفصيل ذلك أن التوسع الذى يذهب إليه الإمام الشافعى فى تفسير مدلول جريمة الزنا يدخل فى إطار الأنموذج القانونى للجريمة وإن كان لم تتوافر فيه أركان القياس، إذ يرجع إلى مدلول لغوى معين .

ويدخل فى إطار التفسير الواسع كما يحدده معيارنا المقترح للنصوص الجنائية كذلك ما يسمى عند فقهاء الأصول بالقياس فى الأسماء اللغوية إذ لا مانع من إجراء القياس فى الأسماء اللغوية المشتقة من استراق الأعين عند أصحاب الإمام الشافعى رضى الله عنهم، واحتجوا فى ذلك بأن العرب وضعت أسامى لمسميات مخصوصة. ثم انقرضت تلك المسميات وانعدمت، وحدثت أعيان أخرى

---

[1] سورة النور ، الآية ٢ .

[2] قال الشيرازى فى " **المهذب** " الجزء الثانى ، ص ٢٦٨ : " وإن كان أحد الشريكين فى الوطء صغيراً والآخر بالغاً ، أو أحدهما مستيقظاً والآخر نائماً ، او أحدهما عاملاً والآخر مجنوناً ، أو أحدهما مختاراً والآخر مستكرهاً، أو أحدهما مسلماً والآخر متأمناً ، وجب الحد على من هو أهل الجلد ، ولم يجب على الآخر لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد ، فوجب على أحدهما وسقط عن الآخر .

- **مغنى المحتاج** ، الجزء الرابع ، ص ١٤٦ .

تضاهى تلك الأعيان التى وضعت تلك الأسامى لها ، ولم يكن ذلك إلا بطريق القياس والإلحاق.

وذهب أصحاب الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه والمتكلمون، إلى منع ذلك[1]. واحتجوا فى ذلك بأن قالوا: ركن القياس فهم المعنى، والمعنى غير مفهوم من اللغة. يرد على ذلك بأن العرب يحتمل أنها وضعت اللغة وضعاً يحتمل القياس[2]. ويحتمل أنها وضعت صيغاً لا تحتمل القياس، ومع تعارض الاحتمال يمتنع المصير إلى القياس .

وهذا بخلاف القياس فى الأحكام الشرعية، فإنه مستند إلى الدليل القاطع السمعى، وهو إجماع الصحابة رضى الله عنهم على العمل بالقياس. أما فى المسألة فليس من الممكن أن ينقل عن واضع اللغة كيعرب ، وقحطان، ومعد ، وعدنان : أن القياس يجرى فى اللغات[3].

ومن نماذج القياس فى الجرائم الحدية الذى يصلح معيارنا المقترح للغعمال عليها جريمة اللواط . فعند الإمام الشافعى رضى الله عنه فإن اللواط يوجب حد الزنا عند الشافعى رضى الله عنه. لوجود معنى الزنى فيها، وكان أبو العباس بن سريج[4] إذ سئل عن هذه المسألة يقول: أنا استدل على أن اللواط زنا، فإذا ثبت ذلك، فحكم الزنا ثابت بنص الكتاب، وهكذا كان إذا سئل عن مسألة النبيذ يقول، أنا أستدل على النبيذ خمر، فإذا ثبت ذلك فحكم الخمر منصوص عليه فى كتاب

---

[1] الإمام / أبو المناقب الزنجانى : **تخريج الفروع على الأصول** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٤٥.

[2] **المرجع السابق مباشرة** .

[3] أبى إسحاق الشيرازى : **لتحقيق الرسالة " اللمع "** ، ص ٦٤ .

– الإمام / الغزالى : المستصفى ، الجزء الأول ، ص ٣٢٢ ، والجزء الثالث ، ص ٣٢٥ .

– **مختصر المنتهى لابن** الحاجب **بشرح العضد** ، الجزء الأول ، ص ٦١ ، مطبعة الريزوى ، ١٣٠٧ هـ ، ص ٤٩٥ .

– الأمير / بادشاه : **تيسير التحرير** ، الجزء الأول ، مطبعة مصطفى الحلبى ، ١٣٥٠ هـ، ص ٥٧.

[4] ابن سريج هو أحمدبن عمر بن سريج القاضى بشيراز ثم بغداد، أحد عظماء الضافعية ، بلغت مصنفاته أربعمائة ، وقد فرعلى كتب محمد بن الحسن عدة السبكى فى الطبقات مجدداً على رأس مائة، توفى سنة ٣٠٦ هـــ، "وفيات الأعيان"، الجزء الأول، ص ٤٨، " الفكر السامى "للمحجوى"، الجزء الثالث، ص ١٣١، ١٣٢.

الله تعالى. وعند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه لا توجب الحد[1]، لامتناع القياس فى هذا الباب على ما سبق. ومنها أن النباش يقطع عندنا إلحاقاً له بسارق مال الحى[2]، وعند الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه لا يقطع لما ذكرناه[3].

ذهبت الحنفية إلى أن صور الأسباب الشرعية هى المرعية المعتبرة فى الأحكام دون معانيها، واحتجوا فى ذلك بأن المعانى لو كانت مرعية فى ربط الأحكام بها لبطلت فائدة نصب الأسباب، إذ لا فائدة فى نصب الأسباب، سوى إدارة الحكم عليها دفعاً للعسر والحرج عن الناس ونفياً للتخبط والالتباس. فإن المعانى مما يختلف كمية فى الزيادة والنقصان وكيفية فى الظهور والخفاء.

قالوا: ولهذا تعلقت رخص السفر بصورة السفر دون مضمونه حتى إن الملك الذى يتمادى فى مهوره ويسرى فى سراياه وجنوده، ثبت له من الرخص ما ثبت للساعى على قدمه، نظراً منا إلى صورة السفر دون مضمونه ومعناه، وكذلك النوم لما كان سبباً لانقاض الوضوء، اعتبرت صورته من غير نظر إلى نفس الحدث[4] .

وذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه إلى أن لا عبرة بصورة الأسباب الشرعية الخالية عن المعانى الشرعية التى تتضمنها. واحتج فى ذلك بأن صور الأسباب لا تناسب الأحكام، وإنما المناسب ما تتضمنه صور الأسباب. وحيث اعتبرنا صور الأسباب دون مضمونها، فذلك لتعذر الوقوف والاطلاع على مضمونها، وإلا فمتى أمكن الاطلاع على مضمون السبب ، فهو معتبر لا صورة السبب .

معتقد الإمام الشافعى رضى الله عنه أن معنى القصاص مقابلة محل الجناية بالمحل الفائت بالجناية جبراً، أى من الجانى بالمحل الفائت من المجنى عليه

---

[1] ما ذكره المؤلف هو مذهب أبى حنيفة حيث لا حد عليه ويعزر وزاد فى الجامع الصغير كما قال صاحب الهداية: يودع فى السجن، أما محمد وأبو يوسف: فقالا عليه الحد، انظر "الهداية وفتح القدير "، الجزء الرابع، ص ١٥٠ وما بعدها .

[2] يفرق الشافعية بين ما إذا كان القبر فى برية بعيداً عن المقبرة فلا يعتبر حرزاً للكفن فلا يقطع النباش ظن وبين ما إذا كان فى المقبرة فيعتبر حرزاً ويقطع النباش ، انظر " **المهذب** " ، الجزء الثانى ، ص ٢٧٨ ، " **مغنى المحتاج**": الجزء الرابع ، ص ١٦٥ .

[3] هذا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : عليه القطع ، انظر " **الهداية مع فتح القدير** " ، الجزء الرابع، ص٢٣٤.

- الإمام / أبو المناقب الزنجانى : **تخريج الفروع على الأصول** ، **المرجع السابق** ، ص ٣٤٤ – ٣٤٧.

[4] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٣٥٣ وما بعدها .

بالجناية، واحتج في ذلك بقوله تعالى: "وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ"[١] أي أن النفس في مقابلة النفس. ولأنه ثبت حقاً لولي القتيل، وأن يكون لفائدة يختص بها، حتى يظهر معنى الاستحقاق في حقه[٢].

[١] سورة المائدة: من الآية٤٥.

[٢] **المرجع السابق مباشرة** ، ص ٣٥٠ وما بعدها .

المطلب الأول

الأساس الشرعى للمعيار المقترح فى الشريعة الإسلامية

يقول الفقهاء المعاصرون[1] أن علماء الشريعة انقسموا إلى فريقين، الأول: الإمام الشافعى، رضى الله عنه، أجازوا القياس فى مسائل الحدود، والثانى: الإمام أبو حنيفة، رضى الله عنه، منعوا ذلك، وأطلقوا القول بأن فى الشريعة رأيان بالنسبة للقياس فى المسائل الجنائية، هذا القول محل نظر من جهات:

أن خلافهم أى الفقهاء الشرعيين فى جواز أو منع القياس فى الحدود لا يعنى وجود خلاف بينهم، فيما هو دون الحدود فى المسائل الجنائية، فالمانعين للقياس فى الحدود لا يطلقون المنع فى بقية المسائل الجنائية. ولم أجد أمثلة فى كتب الأصول القديمة تدل على وجود ذلك الخلاف فى جرائم التعازير[2] بترجيح الرأى.

ومن جهة ثانية فإن الاحتجاج ببعض القواعد الفقهية للقول بالحظر المطلق للقياس والتى ساقها جانب فى الفقه المعاصر لا يستقيم الاحتجاج بها. ومن الممكن سوق قواعد فقهية أخرى تؤدى إلى ترجيح الرأى بإباحة القياس فى مسائل التجريم[3].

ومن جهة ثالثة فإننا وقد فرقنا بين القياس الذى يحده الأنموذج القانونى أو القالب النصى الشرعى وبين القياس المتحرر من هذا القالب، فإنه لا يبقى للمعارضين من حجة تؤيد حظر القياس المندرجة فى الأنموذج القانونى.

---

[1] – د / محمد سليم العوا : ، **المرجع السابق** ، ص ٣٢٦.

– المستشار الشهيد / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ٢٣٠ .

[2] – **المستصفى** : **المرجع السابق** ، الجزء الثانى ، ص ٣٣٢ – ٣٣٥.

– **جمع الجوامع مع حاشية البنانى وتقديرات الشربينى** ، الجزء الثانى ، ص ٢٠٤ – ٢٠٥ .

– **مسلم الثبوت مع شرحه " فواتح الرحموت** ، الجزء الثانى ، ص ٣١٨- ٣١٩ .

– الإمام / أبى المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجانى : **تخريج الفروع على الأصول** ، ص ١٣٢ وما بعدها ، تحقيق د/ محمد أديب صالح ، مؤسسه الرسالة ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٤ .

[3] مثال ذلك ما يقول به الأستاذ الدكتور / محمد سليم العوا من أن قاعدة لا ينسب الساكت قول تؤيد الرأى القائل بالحظر . وقد تكفلنا ببسط هذا الرأى والرد عليه فى الصفحات التالية ، راجع ص ١٢٣٨ من هذا الرسالة .

ويضحى الخلاف منحصراً فى الصورة الثانية من صور القياس، وأعنى بها القياس خارج إطار القالب التشريعى للجريمة سواء كان قانونياً أو شرعياً.

المطلب الثانى

التفرقة المعاصرة بين وظيفة القضاء ومهمة التشريع وأثرها فى فهم آراء فقهاء السلف فى مسألة القياس فى المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب

لما كان القاضى فى العصور الأولى للإسلام هو فى ذات الوقت المفتى. ومن ثم المجتهد، لما كان ذلك فقد كان يمارس عمل القضاء واجتهاد الإفتاء فى آن، فلم يكن من المتصور حينئذ أن تجرى التفرقة بين القياس كوسيلة تفسير أو كمصدر للتشريع، ولذلك أدرجه علماء الأصول بكافة صوره فى مصادر التشريع الإسلامى .

وعلى ذلك جرى الكلام، كما أسلفنا، بين الفقهاء حول مدى جواز القياس فى المواد الجنائية (الحدود، القصاص، التعزير)، وخاصة فى مسائل الحدود والقصاص لورودها مفصلة فى المصدرين الأساسين، ألا وهما القرآن الكريم، والسنة المطهرة .

وترتيباً على ما تقدم لم يكن من المتاح لنا العثور على أمثلة تطبيقية يمكن إعمال المعايير المقترحة عليها تأكيدا أو طرحاً لها. وذلك لكون القاضى فى العصور الأولى يمارس سلطتى التشريع والقضاء من خلال تفسير المصدرين الأساسيين والبناء عليهما فى قضائه وإفتائه.

وخلاصه القول فى هذه المسألة أنه ليس هناك ما يمنع شرعاً من تقسيم العمل بين سلطتين (قضائية وتشريعية) على النحو السائد الآن[1]. ويكون القاضى ملزماً بالوقوف فى تطبيقه للقانون عند القياس المباح له إعماله أى القياس كوسيلة تفسير. ويبقى النوع الثانى من القياس (القياس كمصدر للقاعدة القانونية) إبقائه بيد سلطة التشريع فى الدولة التى تطبق الشريعة الغراء .

ويصبح على المشرع الوضعى التزاماً منه بأحكام الشريعة الغراء، كما يلزمه الدستور، بل وباعتبار مبادئ الشريعة الغراء على رأس المبادئ العامة

---

[1] راجع عرضاً لفكرة " ولى الأمر " وتعدد القائمين بالمهام الموكولة إليه فى الشريعة الإسلامية الغراء والصورة المعاصرة للفكرة فى الفقه الشرعى المعاصر ، الفصل الثانى بالباب الأول من هذه الدراسة .

التى تعلو وتتوج النظام القانونى للدولة بأسره بما فيه الدستور[١]، ويصبح عليه أن يقرر بأى الرأيين يأخذ فى القياس على المواد العقابية. فيأخذ بالرأى الذى يحظر أو ذلك الذى يجيز القياس عليها. وذلك فى حالات تجريم صور جديدة وإنزال العقوبة بالحدية عليها أو التعزيرية.

وعلى كل حال فالمشرع متى اختار لنفسه أى من الوجهتين، فهو بصدد القياس كمصدر للقاعدة القانونية بالتحديد الذى انتهينا إليه. وأما القياس كوسيلة تفسير فى الحدود التى يفضى إليها إعمال معيارنا المقترح، فنرى، أنه يخرج عن إطار الخلاف الموجود فى الفقه الإسلامى، بشأن جواز أو حظر القياس فى المواد الجنائية كمصدر من مصادر التشريع. وحجتنا فى ذلك أننا اعتبرنا القياس كوسيلة للتفسير ما هو إلا توسع فى التفسير يحده إطار الأنموذج القانونى للجريمة. ومن ثم لا يعتبر مصدراً للتشريع ينتج عن إعماله تجريم ما لم يكن مجرماً، فيظل خارج نطاق الخلاف الفقهى بين علماء الشريعة الإسلامية الغراء، بشأن حظر أو إباحة القياس فى المواد الجنائية والله اعلم .

ولعل عدم ظهور هذا الفارق بين نوعى القياس كان وراء اختلاف الفقهاء قديماً كما أسلفنا بين مبيح ومانع. ذلك بأن أدلة القائلين بحظر القياس لا نجد لها محلاً، إذا ما نظرنا إلى القياس كوسيلة تفسير بالمعنى والمعيار المقترح. ذلك لأنه لن يكون هناك محل للتخوف من احتمال عدم معرفة المتهم بتجريم الفعل الذى أتاه ، فالمعيار الذى نقترحه يضمن التأكد من علم المتهم بتأثيم فعله من خلال التحديد الذى توفره فكرة الأنموذج القانونى.

وكذلك قد يفهم من المجيزين للقياس أنهم أرادوا تحقيق العدالة فى الحالات التى يصبح التوقف فيهما عن إعمال القياس منافياً للعدالة من جهة تضييع حقوق المجنى عليه أو إفلات متهم ثبت جرمه، وهى عند التحقيق حالات قياس على نص فى إطار الأنموذج القانونى للجريمة أى القياس كوسيلة للتفسير طبقاً لضوابط معيارنا المقترح.

ومن الحجج التى نراها تأييدا لهذا النظر أن مجال الخلاف بين الفقهاء الشرعيين فى منع أو إجازة القياس هو فى جرائم الحدود فقط. مما يعنى تسليمهم بحق القاضى فى استخدام القياس عندما نكون بصدد الجرائم التعزيرية دون خلاف بينهم فى هذا الصدد على قدر ما أتيح لنا من بحث.

ومن الواضح أن قانون العقوبات الإسلامى تشكل الجرائم الحدية فيه نسبة ضئيلة جداً إذا ما قورنت ببقية نصوصه. ولم يلتفت الفقه الإسلامى المعاصر

---

[١] كما سلف وأن أشرنا إلى رأى الدكتور السنهورى وغيره من الفقهاء.

الجنائى إلى هذه التفرقة المهمة، وذات الأثر عند تحريرهم لآراء فقهاء الشريعة الغراء، مما أوقعهم فى إطلاق القول بوجود رأى فى الشريعة الإسلامية يمنع القياس فى المواد الجنائية بصفة عامة، وهذا غير صحيح فيما نرى[١].

وقد عدد الزنجانى حالات خلاف بين فقهاء الحنفية والشافعية فى إباحة، أو منع القياس فى وقائع جنائية، وباستقراء تلك الحالات نجدها كلها تشكل جنايات حدية، مما يؤكد وجهة النظر التى نراها[٢]والله أعلم. بل إنه وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للجرائم الحدية فى الشريعة الغراء واختصاصها بقواعد خاصة استثنائية حتى فى مجال الإثبات، من حيث نصاب الشهادة وعدالة الشاهد. وفى مجال القواعد الموضوعية والإجرائية معاً من حيث الشبهة الدارئة للحد، فإنه يمكن وضع القياس فى الجرائم الحدية، والخلاف حول مدى جوازه بهذا الإطار الاستثنائى. وبناءً على ذلك لا يكون هناك مجال للاختلاف حول تقرير مشروعية إباحة القياس فى القانون الجنائى بصفة عامة، وترجيح الرأى المبيح للقياس فى الجرائم الحدية فى الشريعة الإسلامية وفق ضابط المعيار المقترح.

ويسوق الفقه المعاصر مجموعة من القواعد الفقهية فى سياق الأدلة الشرعية التى يراها مرجحة للرأى المانع للقياس فى المسائل الجنائية فى الشريعة الغراء. غير أنه ما يلبث وأن يعترف بالحاجة إلى مزيد من البحث قبل حسم الرأى فى المسألة المطروحة. بيد أن الحجج المساقة فى هذا الصدد يصعب التسليم بها أساسا لترجيح الرأى المانع من القياس[٣].

ومن ثم يمكننا سوق قواعد فقهية أخرى للاستدلال بها على جواز القياس فى المواد الجنائية[٤]. فمن استغرقه النظر فى المسائل من الوجه التشريعية رأى منعه، ومن استحوذ عليه النظر القضائى للمسألة رأى إجازته، ولعل المعيار المقترح

---

[١] – الأستاذ / عبد القادر عودة : **المرجع السابق** ، ص ٣٢٥ وما بعدها .

– د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ٢٦١ وما بعدها .

[٢] – الإمام / أبى المناقب الزنجانى : **المرجع السابق** ، أنظر الأمثلة التى ساقها فى موضوع القياس بصفحات ١٣٥، ٣٠٩، ٣٤٤، ٣٤٧ وهى خاصة بجرائم الزنا واللواط قياساً عليه. وجرائم شرب الخمر والمسكرات الأخرى قياساً عليها . ومواقعة الأنثى بغير رضاها ومواقعة الرجل بغير رضاه قياساً عليها.

[٣] د/ سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٠٩ . حيث يقرر سيادته أن من مقتضيات قاعدة لا ينسب لساكت قول حظر القياس ... ثم يخصص سيادته مجال إعمالها بنصوص التجريم والعقاب . ولا يخفى ما فى هذا الاستدلال من مقال .

[٤] انظر تفصيل ذلك الفصل الرابع من الباب الأول الخاص بالقواعد الفقهية وتفصيلنا لأنواعها ومتى يمكن الاستدلال بها على الحكم وبناء الفتيا أو القضاء عليها ومتى لا يجوز ذلك .

بشقيه يؤدى إلى تحديد نطاقى الإباحة والمنع مما يجعله، أى المعيار المقترح، إضافة فى الفقه الشرعى فى المسألة المطروحة يحل الخلاف القائم فيها، على نحو شبيه بما قاله الإمام مالك رضى الله عنه، فى مسألة سجود السهو حلاً للخلاف بين الحنابلة والحنفية مع فارق الموضوع والله اعلم.

الفصل الرابع

تقدير مذهب المحكمة العليا فى التفسير بصفة عامة[1]

(ضوابط سلطة الابتداع فى قضاء محكمة النقض فى المجال الجنائى)

يتناول هذا الفصل صور الابتداع القضائى فى قضاء محكمة النقض الجنائى، من خلال ضرب أمثلة على تكملة المحكمة العليا للنقص فى التشريع، والأداة التفسيرية التى تمكنت بها من أداء تلك المهمة، وأمثلة أخرى من قضاء المحكمة العليا يمكن تخريجها من جهة التفسير وفق المعيار المقترح. ونختم هذا الفصل بمبحث ختامى يتناول تقدير مذهب المحكمة العليا فى التفسير بصفة عامة من خلال بيان ضوابط سلطة الابتداع فى قضاء محكمة النقض فى المجال الجنائى، ودور القضاء فى مجال المشروعية، مذيلاً برأينا حول رؤية المحكمة العليا للنص الجنائى عند تفسيرها له (نظرة تحليلية لطريقة محكمة النقض فى التفسير).

- صور الابتداع القضائى فى قضاء محكمة النقض الجنائى :

إن تتبع شتى صور الابتداع القضائى فى المجال الجنائى لمحكمة النقض الموقرة لأمر غاية فى الصعوبة. ومرد ذلك إلى أن معظم أحكام المحكمة العليا لا يخلو أى منها من وجه من وجوه الابتداع بالمعنى الذى أسلفنا بيانه لمصطلح الابتداع. فمن إعمال الحكمة لملكاتها "فى ئالتضييق والتوسيع" من مدلولات النصوص محل أحكامها، إلى إعمال المحكمة العليا لأدوات تكملة النقص التشريعى من قياس أو مبادئ عامة للقانون، تتجلى بين هذه وتلك صور الابتداع القضائى فى قضاء محكمتنا العليا. وإذا أضفنا إلى ذلك صور ابتداع المتعلق بأسلوب المحكمة العليا فى التنسيق بين النصوص القانونية ولم شعث المتفرق منها والتوفيق بين المتعارض ما أمكن، وحلها للتعارض المستعصى على الجمع بين النصوص أحياناً أخرى، كل ذلك يعطينا صورة متكاملة عن وجه الاجتهاد المشرق والابتداع المضئ لأحكام المحكمة العليا.

وبناءً على ما تقدم فإن غايتى فى هذا الموضع أن أسوق على سبيل المثال لا الحصر بعضاً من صور الابتداع فى قضاء المحكمة الموقرة تتميز بالعموم والشمول لكافة صور الابتداع السابق ذكرها فى المواضع المختلفة

---

[1] هذا الفصل يعد من الاجتهادات الجديدة وغير المسبوقة فى الدراسات القانونية المهتمة بمحكمة النقض، وأرجو أن أكون قد وفقت فى جمع مادته العلمية وعرضها بأسلوب يؤدى الغرض المؤمل من هذه الدراسة.

من الدراسة. وعلى ذلك فإن مقصدى هنا أن أبين تلك الصورة المشرقة لابتداع المحكمة بطريقة جامعة لأجزائها المتداخلة والمتراكبة جميعاً لأتوج بها ما سبق ذكره من أمثلة كثيرة على جوانب وأجزاء من هذه الصورة الكلية للابتداع التى أحاول فى خاتمة الدراسة جمع أطرافها والنظر إليها نظرة كلية دون إغراق فى الجزئيات التى اهتممنا بدقائقها عبر أجزاء هذه الدراسة.

أولاً : تطبيقات تدل على حتمية تدخل القاضى الجنائى بدور إيجابى فى التفسير أحياناً :

لكى تتضح لنا الفكرة التى نحن بصددها وهى أن ابتداع محكمة النقض فى المجال الجنائى كان حتمياً على المحكمة ممارسته أداءً لواجبها فى إحقاق الحق وإقامة العدل وتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً، ولم يكن قط ترفاً علمياً ولا افتئاتاً من المحكمة العليا على سلطة التشريع فإننى أسوق مثالاً وافياً وكافياً لإثبات هذا الذى نقول به. فمما لا شك فيه أن نصوص قانون العقوبات المصرى وكذلك قانون الإجراءات الجنائى، شأنها فى ذلك مثل تلك النصوص فى كافة الأنظمة القانونية، لم تأت بصورة تفصيلية تفى بحاجة القاضى التى تعرض عليه الوقائع الغير متناهية فى أشكالها وصورها.

وإننى لأكتفى بعرض المبادئ القانونية التى سنتها محكمة النقض فى حالة مثل حالة الدفاع الشرعى، والذى لا تتعدى النصوص المنظمة له بضعة عبارات صغيرة مجملة. ومع ذلك فإننا نرى أن المحكمة العليا وابتناءً على تلك العبارات المعدودة المنظمة لحق الدفاع الشرعى فى قانون العقوبات، قد أسست نظرية متكاملة لضوابط إعمال هذا الحق وشروط توافر حالاته والآثار القانونية المترتبة على توافرها. **وسيبين من العرض التالى كيف مزجت المحكمة العليا بين أدوات ووسائل التفسير المنتمية لمناهج التفسير الثلاثة اللغوى والمنطقى والتاريخى .**

وسيبدو جلياً أيضاً أن تلك الأدوات التفسيرية، ورغم براعة المحكمة العليا فى استخدامها الاستخدام الأقصى المتاح إلا أنها لم تف بحاجات المحكمة العليا لجعل تلك النصوص صالحة للإعمال فى كل الحالات والوقائع المعروضة على المحكمة. ومن ثم فقد لجأت المحكمة الموقرة إلى أدوات تكملة النقص التشريعى، وعلى رأسها القياس والمبادئ العامة للقانون، فى أحيان كثيرة لتستكمل بها نظريتها المتكاملة لحق الدفاع الشرعى.

وهذا الذى نتوافر على جمعه وبيانه من الأحكام المتعلقة بالدفاع الشرعى تدور مع النص القانونى المنظم لهذا الحق، ولكنها لم تقف فقط عند حدود ألفاظه

الضيقة القليلة بل تتعداه إلى أقصى حد تراه المحكمة الموقرة داخلاً فى إطار وظيفتها القضائية من تفسير إلى تحقيق أمثل للعدالة بمعناها المتوازن. وهذا الذى نقرره بالنسبة لتفسير محكمتنا العليا للنصوص المنظمة لحق الدفاع الشرعى واستكمال هذه النصوص بالمبادئ الضرورية لتحقيق الهدف التشريعى من هذه النصوص، وهو ما نراه أمراً متكرراً فى قضاء محكمتنا العليا وهى تبنى وتشيد نظرياتها القانونية فى الموضوعات المختلفة من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية مثل نظرية الشروع ونظرية المساهمة الجنائية الأصلية منها والتبعية ومثل نظرية العقوبة المبررة وغيرها.

وقد نبه لهذا الدور الخطير الذى يضطلع به القاضى العديد من الفقهاء فى مصر[1]. فيذهب الدكتور السنهورى إلى أن من أهم المصادر التى تنتقى منها مواد التقنين المدنى المصرى، مصدر أحكام القضاء المصرى.

ومن النظريات العامة التى استقاها المشرع من هذا القضاء نظرية التعسف فى استعمال الحق لتكوين العقد والاستغلال والصورية وغيرها من النظريات. كل ذلك بما يوضح مدى ابتداع القضاء إلى حد استعانة المشرع بما انتهى إليه اجتهاده وتقنين هذه الاجتهادات القضائية[2].

وكذلك ينتهى أحد كبار فقهاء القانون الجنائى إلى بيان دور محكمة النقض المصرية الخلاق فى تفسير وتطبيق قانون العقوبات، ويرد أكثر من مائتى مثل على هذا الدور الخلاق من خلال تفسيرها وتطبيقها لنصوص القانون[3]. ويذهب هذا الفقهى إلى أنه فى بعض الأحيان كان دور محكمة النقض إنشاء قواعد لم ينص عليها الشارع، وعلى التحقيق لم ترد بخاطر واضعى النصوص. ولكن روح التشريع وخطة الشارع تقتضى تكملة النصوص بها كى تسد ثغرات فيها.

---

[1] د/ سعيد الصادق : **المرجع السابق** ، ص ٣١٢ .

- د / ماهر أبو العينين : **المرجع السابق** ، ص ٤٠١ وما بعدها.
- د/ سمير تناغو : **المرجع السابق** ، ص ٥٠٠ .

[2] – د/ عبد الرازق السنهورى : **المرجع السابق** ، ص٥١ وما بعدها.

[3] د/ محمود نجيب حسنى : **مجلة القانون والاقتصاد** ، عدد خاص ، العيد المئوى لكلية الحقوق ، ١٩٨٣ ، ص٢٩٦ وما بعدها . وسنعاود إلقاء الضوء على هذا الموضوع الهام من زوايا أخرى الباب الثالث من هذه الدراسة عند الحديث عن صور الابتداع القضائى فى قضاء محكمة النقض فى المجال الجنائى .

وفى هذا الصدد، فهناك من الفقهاء من قاموا بدراسة حقيقية لدور القضاء كمصدر واقعى للقاعدة القانونية فى مصر[١]. وانتهى إلى أن القاعدة القضائية تتمتع بوجود مستقل تجاه مصادر القانون الأخرى

فبين استخدام المحكمة العليا الأمثل والأقصى، وفى الحدود الممكنة لقواعد وأدوات التفسير المتنوعة والمنتمية إلى مناهج التفسير ومناهجه المختلفة، وبين ابتداع حتمى أُلجئت إليه المحكمة مارسته بأدوات تكملة النقص التشريعى المتاحة لديها من مبادئ عامة للقانون ومن قياس على النصوص، بين هذا وذاك نمت النظريات القانونية المتعددة التى أوجدتها المحكمة العليا. وسأحاول تدليلاً على ذلك أن أسوق قضاءها المستنير فى موضوع واحد اخترته لأبين به فكرتى الا وهو موضوع حق الدفاع الشرعى[٢].

أكدت محكمة النقض حرية الأفراد فى الدفاع الشرعى إذا وقع فعل يخشى منه حصول اعتداء على نفس أو مال المدافع أو نفس أو مال الغير[٣]. وحماية لحرية الأفراد فى الدفاع عن أنفسهم وأموالهم لم تشترط محكمة النقض لقيام حالة الدفاع الشرعى استمرار المجنى عليه فى الاعتداء على المتهم أو حصول اعتداء بالفعل، واكتفت بأن يصدر من المجنى عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى، كما لم تشترط فى الفعل المتخوف منه أن يكون خطراً حقيقياً، واكتفت بأن يبدو كذلك فى اعتقاد المتهم، وأكدت المحكمة أنه لا يصح محاسبة المتهم على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن الظروف الدقيقة التى أحاطت بالمدافع وقت رد العدوان[٤].

---

[١] المستشار / محمد وجدى عبد الحق : محكمة النقض ، **مجلة القضاء** ، يناير ـ يونيو ١٩٨٤.

[٢] لقد مكننا من إتمام هذا التتبع العلمى لمبادئ المحكمة العليا المتعلقة بالدفاع الشرعى المؤلف القيم الذى أصدره المكتب الفنى لمحكمة النقض ، والذى قام أستاذنا الجليل المستشار محمد عبد الواحد ، رئيس المكتب ونائب رئيس المحكمة العليا ، بتضمينه حصراً وافياً لمبادئ محكمة النقض ليس فقط فى موضوع الدفاع الشرعى بينما أيضاً فى كافة الموضوعات المتعلقة بالحريات . غير أننا نسوق هذه الأمثلة للتدليل على اتجاهات المحكمة العليا فى تفسير النصوص الجنائية .

[٣] الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٤ س ٢٣ ص ٦٠٦.

فى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٩٨٣٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٥ س ٤٧ ص ١٠٢٢.
- الطعن رقم ٦٠٩٩٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/١/١ س ٤٢ ص ١٦.

[٤] - الطعن رقم ٨٠٦٠٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٤/١/٩ س ٤٥ ص ٧٨.

- الطعن رقم ٢٤٩٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١٠/٢١ س ٤٣ ص ٨٨٦.

ويبدو فى هذا القضاء المستنير نفوذ المحكمة الموقرة إلى أغوار النص التشريعى وصولاً إلى الحكمة التى أملت على المحكمة الموقرة تكملة النقص التشريعى باستخدام المبادئ العامة للقانون والتى تستوجب تنزيه المشرع عن ابتغاء غير العدل. والمبادئ المحددة لشروط توافر حق الدفاع الشرعى الظاهرة فى القضاء السابق هى من لوازم العدالة كمبدأ عام محدد لوجهى المحكمة العليا فى التفسير .

بل إن محكمة النقض أجازت الدفاع الشرعى رغم انتواء العدوان أو سبق الإصرار عليه" فقضت بالآتى: إن كان انتواء العدوان أو التحين له سبق الإصرار عليه ينتفى به موجب الدفاع الشرعى، فإن ذلك مقصور على حالة ما إذا كان العدوان مقصودا لذاته، لإحالة ما إذا كان القصد منه درء عدوان حال وشيك الوقوع ، فإن كانت الحالة الأولى فلا قيام لحق الدفاع ذاك، وإن كانت الحالة الثانية تحقق موجب قيام هذا الحق[1] .

وقد أباحت محكمة النقض فعل الدفاع الشرعى ولو أصاب غير المعتدى من غير قصد[2]. وأباحت كذلك الدفاع الشرعى لمقاومة مأمورى الضبط أثناء تأديته وظيفته إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة[3].

وباعتبار أنه لا شئ فى الوجود يكون مطلقاً من أى قيود فقد نظمت محكمة النقض- فى تفسيرها لنصوص القانون- حرية الدفاع الشرعى بوضع قيود تستلزمها الوقاية من اتخاذ تلك الحرية وسيلة للاعتداء وليس لرد الاعتداء. فأكدت محكمة النقض أنه لا قيام للدفاع الشرعى مقابل دفع اعتداء مشروع. وأن الدفاع الشرعى ليس من قبيل القصاص والانتقام والعدوان، واعتبرت أن استطاعة الاستعانة برجال السلطة العامة تحول دون إباحة الدفاع الشرعى. كما اشترطت تناسب فعل الدفاع الشرعى مع الاعتداء، ولم تبح القتل العمد دفاعاً عن

- الطعن رقم ٥٧٧٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/١/٤ س ٣٤ ص ٥٩.
- الطعن رقم ٩٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ س ٢٥ ص ١٦٤.

فى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٠١٧٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/٣/١٩ س ٤٦ ص ٥٨٨.
- الطعن رقم ٣٠٣٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١/٨ س ٣٩ ص ٣٤.
- الطعن رقم ٣٨٧٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٧ ص ١١١٣.

[1] الطعن رقم ١٤٦٢٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٨ س ٤١ ص ١٨٧.

[2] الطعن رقم ٤٠٣٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣ س ٣٩ ص ٢٤٠.

[3] الطعن رقم ٥٩٦٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٢ س ٣٧ ص ٢٧٢.

النفس أو المال إلا بشروط معينة. وأكدت كذلك أنه لا وجود للدفاع الشرعى إذا كان الاعتداء قد انتهى[١].

كما أكدت محكمة النقض حرية الأفراد فى الدفاع عن أموالهم بالنسبة للجرائم التى حددها القانون. وأنه لا يشترط أن يكون الاعتداء أو الخطر حقيقياً. وأنه لا تصح محاسبة المدافع على مقتضى التفكير الهادئ البعيد عن الظروف التى أحاطت به. وإن إمكانية الاستعانة برجال السلطة العامة كسبب لنفى قيام حالة الدفاع الشرعى لا تتحقق إلى إذا كان هناك من ظروف الزمن ما يسمح بالرجوع إلى هذه السلطة قبل وقوع الاعتداء بالفعل[٢].

وفى نطاق الدفاع الشرعى عن المال أيضاً أكدت محكمة النقض كون المدافع محامى لا يحرمه من حرية الدفاع الشرعى عن ماله، وإلزامه بالعمل على استرداده بعد ضياعه وبعد اللجوء إلى رجال السلطة العامة[٣].

وحماية لحرية الأفراد فى الدفاع الشرعى، كسبب من أسباب الإباحة، أرست محكمة النقض مبدأ هاماً هو عدم اشتراط إيراد الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعى بصريح لفظه وبعبارته المألوفة[٤].

---

[١] الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٥ س ٤٦ ص ٣٥٠.

وفى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٥٢٧٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٩/١ س ٤٦ ص ٨٥٢.
- الطعن رقم ٥١٠٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٣ س ٤٦ ص ٣٥٢.
- الطعن رقم ١٠٥٨١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/١١/٤ س ٤٦ ص ١٢١٠.
- الطعن رقم ٤٦٤٥٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٣ س ٤٦ ص ٩٤٠.

[٢] – الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/٤/٨ س ٢٥ ص ٣٩٥.

وفى هذا المعنى :

- طعن رقم ٨٨٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٧ س ٢٧ ص ٩٩٥.

[٣] – الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٩ س ١٤ ص ٣٢٢.

[٤] – الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٠ س ٢٨ ص ٢٧٣.

وفى هذا المعنى :

- الطعن رقم ٤٠٣٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣ س ٣٩ ص ٢٤٠.
- الطعن رقم ٦٨٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠ س ٣٥ ص ٣١٤.

كما اعتبرت محكمة النقض الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعى من الدفوع الجوهرية وألزمت محكمة الموضوع بالرد عليه وإلا كان حكمها قاصراً[1].

وقد بدا لنا من هذا العرض تجاوز هذه المبادئ القضائية لكونها مجرد تفسير للنص القانونى. وأنها بلا مراء تعد فى كثير منها صوراً للابتداع القضائى الذى كان حتمياً على المحكمة الموقرة أن تمارسه، ولازماً وضرورياً أن تستوفى به نقص هذه النصوص بعدما استجلت خفاء تلك النصوص وإجمالها بأدوات التفسير فلم تف بكل ما تقتضيه الوقائع التى عرضت على المحكمة العليا .

واستخدام أساليب المنهج المنطقى فى التفسير هى الغالبة لدى المحكمة الموقرة. **فمن الخلوص إلى الحكمة التشريعية من وراء النصوص إلى العامل التنسيقى بين النصوص سارت المحكمة العليا فى نهجها التفسيرى الذى توصلت به إلى المبادئ السالفة البيان. كما أن أسلوب المدرسة العلمية فى التفسير بما يعنيه من بحث حر للمحكمة العليا، قائم على حقائق قانونية برزت فى صورة المبادئ العامة القانونية الموجهة للمحكمة الموقرة والحاكمة لطرائق تفسيرها للنصوص المذكورة . ويأتى على رأسها المبدأ العام بإعلاء شأن العدالة وتوازنها مع الحفاظ على الحرية الشخصية لكل من المتهم والمجنى عليه. وأخيراً جاءت تلك المبادئ القضائية التى أرستها المحكمة العليا كأداة للرقابة تقوم بها المحكمة العليا أيضاً على محاكم الموضوع فى تناولها لحق الدفاع الشرعى.**

إن النظر فى نصوص القانون المنظمة لحق الدفاع الشرعى، والنظر فى ذات الآن للمبادئ القضائية الناتجة عن تفسير هذه النصوص وتكملتها والتى سبق سردها، ليبين بجلاء أن المحكمة الموقرة لم تتعد تخوم سلطان وظيفتها القضائية. إن الاضطرار الذى ألجأ محكمتنا العليا إلى هذه التفسيرات الواسعة ومن بعدها إلى تكملة النقص التشريعى، هذا "الاضطرار القضائى" كما أسميه ينبع من القاعدة الأصولية الثابتة: "أن ما لا يقوم الواجب إلا به فهو واجب" وهو ما سبق الإشارة إليه فى مطلع هذا الباب.

ولم أشأ الإطناب بما فوق الحاجة بالتحليل التفسيرى لكل نص وإظهار المبادئ القضائية المستخرجة منه وذلك لسببين: **الأول:** ما يبدو جلياً من أن معظم المبادئ المتعلقة بحق الدفاع الشرعى قد استخرجتها محكمتنا العليا من النظر

---

[1] الطعن رقم ١٩٨٣٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/١٠/١٥ س ٤٧ ص ١٠٢٢.

وفى هذا المعنى :

- الطعن رقم ٦٠٩٩٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/١/١ س ٤٢ ص ١٦.

الجمعى بين كل النصوص المتعلقة بهذا الحق. **والثانى:** سهولة التفرقة بين المبادئ التى تعد تخريجاً تفسيرياً من النص وتلك التى تعد تكملة للنص وذلك لوضوح الفكرة وتطبيقاتها بعد الذى سبق تفصيله فى مواضع مختلفة من هذه الدراسة.

ثانياً : أمثلة من قضاء المحكمة العليا يمكن تخريجها من جهة التفسير وفقاً للمعيار المقترح :

- **تكميل النقص التشريعى باستخدام القياس على نصوص التجريم فى إطار الأنموذج القانونى :**
- **فكرتى : من باب أولى " و" بالضرورة " فى قضاء محكمة النقض :**

لقد تمكنت بتوفيق الله تعالى من الوقوف على أكثر من مائة مبدأ للمحكمة الموقرة مؤسسة على التوسع فى فهم النصوص باستخدام قاعدة "من باب أولى" أو ما تسميه المحكمة الموقرة أحياناً "بالضرورة".

وقد أعاننى الحاسب الآلى بمحكمتنا الموقرة على التوصل إلى هذه المبادئ. وقد بان لى أن محكمة النقض قد برعت فى استخدام هذه الأفكار فى مجال تفسير النصوص الجنائية تارة، وتارة أخرى فى مجال المنطق القضائى فى تكييف الوقائع وتسبيب الأحكام[١].

إن الاستنتاج من باب أولى أو قياس الأولى يعنى أن تكون هناك حالة منصوص عليها، وعلة الحكم أكثر توافراً فى حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها، فينسحب الحكم على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى[٢].

ومثال ذلك فى القانون الجنائى تخفيف وصف القتل فى حالة ما إذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها، بجعل جريمة القتل فى هذه الحالة جنحة لا جناية، م٢٣٧عقوبات. ووجه الاستدلال بالقياس الجلى لو أن زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها وضربها ضرباً جلب لها عاهة مستديمة فإن هذه الجريمة تعتبر جنحة لا جناية من باب أولى.

---

[١] راجع عرضنا للفكرة فى الباب الأول بالنسبة للمنطق القضائى .

[٢] انظر فى تفصيل فكرة القياس من باب أولى عند علماء أصول الفقه : الشيخ / عبد الوهاب خلاف : **المرجع السابق** ، ص ٦٠ . والجدير بالذكر أن الإمام الشافعى رضى الله عنه يسمى هذا النوع من الاستنباط بالقياس الجلى . بينما يرى فقهاء الأصول على مذهب الإمام أبو حنيفة رضى الله عنه أن هذا الاستنباط هو مفهوم الموافقة المستمد من دلالة النص مباشرة .

- <u>التوسع فى تفسير النصوص الجنائية باستخدام قاعدة " من باب أولى " و" بالضرورة " فى قضاء المحكمة الموقرة :</u>

ويبدو هذا التوسع جلياً فى الأمثلة التالية من قضاء محكمة النقض :

١- " لا شك فى أن القاضى إذا كان إزاء قانون... ولائحة وضعت لتنفيذ هذا القانون أو تنفيذاً له وتعارضت معه... يكون على القاضى أن يعمل القانون، لأنه بالبداهة هو الأولى بالاتباع . فقد اشترط الدستور فى المادة ٣٧ منه فى اللوائح ... ألا يكون فيها تعديل أو تعطيل لها ... ولا ريب فى أنه يجب **<u>من باب أولى</u>** أن يلتزم القرار الوزارى، الذى يصدر بناءً على نص فى قانون الحدود المرسومة له فى التفويض الصادر فى شأنه من السلطة التشريعية ..."[١].

٢- " لما كان القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشان الأحداث قد نص فى المادة ٤٠ منه على أنه "يجوز استئناف الحكام الصادرة من محكمة الأحداث عدا الأحكام التى تصدر بالتوبيخ و...." لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد صدر بالتوبيخ وهو ما لا يجوز استئنافه أصلاً. ومن ثم لا يجوز الطعن عليه بالنقض **<u>من باب أولى</u>** مما يكون معه الطعن مفصحاً عن عدم قبوله"[٢].

٣- " لا تتقيد المحكمة التى تنظر دعوى البلاغ الكاذب بأسباب قرار الحفظ الصادر من النيابة، **<u>ومن باب أولى</u>** لا تتقيد بقرار الحفظ الصادر من هيئة أخرى "كجنحة الكسب غير المشروع" بل عليها .. وأن تستوفى كل ما تراه نقصاً فى التحقيق لتستخلص ما تطمئن إليه فتحكم به "[٣].

٤- " عن تاجر التجزئة وهو معفى من كتابة فاتورة بالمبيع ما دام لم يطلب إليه المشترى تحرير فاتورة فلا عقاب عليه **<u>من باب أولى</u>** إذا كتبها ناقصة البيانات التى يتطلبها القانون رقم ١٨٠لسنة١٩٥٠ فى المادة ٢٦ منه"[٤].

- **قياس المحكمة العليا على مبادئها باستخدام قاعدة "من باب أولى" و"بالضرورة":**

١- " الأصل أن محكمة الموضوع غير مكلفة بأن ترد فى حكمها علتى كل جزئية من جزئيات الدفاع .. وأطراحها لأقوال شهود النفى فى معناه انه لم تر فى شهادتهم ما يصح الركون إليه. فإذا هى ضمنت حكمها رداً على أقوال بعض

---

[١] الطعن رقم ٦٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/١/١٥.

[٢] الطعن رقم ١٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٧ س ٤٠ ص ٤٥٥ .

[٣] الطعن رقم ١٥١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٣٠ س ٩ ص ١١٢٦ .

[٤] الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥١/٥/٢٨ س ٢ ص ١١٥٣ .

شهود النفى دون الباقين، فإن هذا **من باب أولى** لا يعد قصوراً فى البيان ولا يعيب الحكم"[1].

٢ - "إنه لما كان يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى بالحقوق المدنية الحكم له فى المحكمة الجنائية تعويضات مدنية أن يكون الضرر الذى يدعيه ثابتاً على وجه اليقين.. كان الحكم بعدم قبول هذا الطلب على أساس أن الضرر المدعى ليس محققاً غير مخالف للقانون. ولا يغير من ذلك أن تكون المحكمة قد فصلت فى الطلب ابتداءً قبل نظر الدعوى الجنائية. فإن تدخل المدعى بالحقوق المدنية فى الدعوى الجنائية المرفوعة من النيابة العمومية من شأنه بطبيعة الحال إطالة الإجراءات ... وإثقال كاهل المتهم فى دفاعه، مما مقتضاه بالبداهة الحيلولة دون هذا التدخل كلما كان الطلب المقدم يحمل فى ثناياه... يكون الحكم كذلك **من باب أولى** إذا كان مدعى الضرر قد رفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة الجنائية .. "[2].

٣ - "إذا امتنعت المعارضة فى الأصل بعلة عدم الإعلان، امتنعت المعارضة بالضرورة فى أساس الإلزام بالرسوم باعتبارها فرعاً من الأصل المقضى به ، وإنما يقتصر بحث المحكمة على مدار سلامة الأمر من حيث تقدير مقدار الرسوم ... "[3].

٤ - "عن المادة ٣٢٢ عقوبات تعتبر جريمة الإتلاف جناية إذا وقعت من شخص واحد يحمل سلاحاً. فإذا ثبت أن السلاح لم يكن مع الفاعل الأصلى بل كان مع الشريك المرافق له وقت ارتكاب الجريمة، وجب **من باب اولى** اعتبار الحادثة جناية لتحقيق غرض الشارع من وجود سلاح فى متناول الفاعل الأصلى وقت ارتكاب الجريمة "[4].

٥ - "إن مسئولية صاحب البناء عن تعويض الضرر الذى يصيب الغير بسبب تهدم بناؤه ... لا تقوم إلا على أساس وقوع خطأ بالفعل ... وإذا كان هذا هو المقرر فى المسئولية المدنية فإنه يجب **من باب أولى** فى المسئولية الجنائية تحقق وقوع الخطأ من جانب المتهم ..."[5].

---

[1] الطعن رقم ٩٦٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٤ **مجموعة عمر** ج ٦ ص ٤٦٦ .

[2] الطعن رقم ٧٤٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/٦/١٦ **مجموعة عمر** ج ٧ ص ٣٥٥ .

[3] الطعن رقم ١١٩٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٩ س ٢١ ص ٢٤٨ .

[4] الطعن رقم ١٦٥٤ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/٥/٢٢ **مجموعة عمر** ج ٣ ص ١٨٦ .

[5] الطعن رقم ١٧٠٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٢٧ **مجموعة عمر** ج ٥ ص ٢٠ .

٦ - "عن المقاصة بمعناها العام داخلة بالضرورة فى نطاق الحفظ الذى فرضه القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧... بشان تداول النقد الأجنبى"[١].

٧ - "جريمة خلط الدخان... فالجريمة تقتضى **بالضرورة** توافر عنصرين: الخلط المؤثم بفعل إيجابى دون مراعاة النسب المقررة. والقصد الجنائى المفترض... ولا يغنى توافر إحداهما عن وجوب توافر الآخر"[٢].

ويبدو أن الفقه الجنائى المصرى قد اتبع خطى المحكمة الموقرة فاستخدم ذات الأسلوب التفسيرى النموسع من مدلولات النصوص باستعماله فكرة "من باب أولى" فى مجال نصوص التجريم. وكذلك فإن من الأمثلة التى يبدو أن الأنموذج القانونى للجريمة المنصوص عليها تحتوى على الفعل الغير منصوص عليه "من باب أولى" ما يسوقه جانب من الفقه بقوله أنه وإذا كان المشرع يجرم السب غير العلنى. فإن ذلك يثير التساؤل عن حكم القذف غير العلنى، وهو أشد من السب خطورة. ويذهب هذا الفقه فى مصر إلى أن القذف غير العلنى يتضمن بالضرورة **سباً غير علنياً، ولذلك يرى ضرورة خضوعه لنص المادة ٣٧٨التى تعاقب على السب غير العلنى**[٣].

- **التفسير الواسع تحت ستار "من باب أولى" و"بالضرورة" بما يتعدى مقتضاها وحدودها من وجهة نظرنا :**

ويبدو فى الأمثلة التالية أن محكمتنا العليا قد تجاوزت مقتضى قاعدة من باب أولى كما سبق تعريفه. وكما هو معروف فى علم أصول الفقه. بل إننى أعتقد أن الأمثلة التالية توضح أخذ محكمة النقض بالتفسير الواسع وبالقياس كوسيلة من وسائل التفسير فى المجال الجنائى وأحياناً فى نصوص متعلقة بالتجريم والعقاب .

ولكن هذا التوسع فى التفسير أو القياس يظل فى إطار الأنموذج القانونى للجريمة كما سبق وأن أوضحناه فى المعيار الذى اقترحناه للتفرقة بين القياس كوسيلة من وسائل التفسير والقياس كمصدر للقاعدة القانونية يكمل النقص التشريعى.

١- " دل الشارع بما نص عليه فى المواد ٧٦، ١٦٢، ١٩٣، ١٩، ١٩٩، ٢١٠، ٢١٣، ٢٣٢، ٢٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية. على إن الأصل أن الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى له قوة الأمر المقضى بما يمتنع معه تحريك الدعوى

---

[١] الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/٣/١٧ س ٢٠ ص ٣٣٥ .

[٢] الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٢ س ٢٠ ص ٨٢٨ .

[٣] د/ محمود مصطفى : **المرجع السابق** ،رقم ٣٦٤ ، ص ٤٠٤

الجنائية من بعد صدوره. وهذا الأصل حكمه عام ينسحب فى خطاب الشارع إلى كافة أطراف الدعوى الجنائية فيسرى على النيابة ... والمدعى بالحقوق المدنية ... كما يمتد بالضرورة و**من باب أولى** إلى المجنى عليه الذى لم يدع بحقوق مدنية ... والقول بغير ذلك فيه إهدار لقوة الأمر ... وهو ما لا يتفق مع ما هدف إليه الشارع من إحاطة الأمر بأن لا وجه. متى صار باتاً بسياج من القوة يكفل له الاحترام ... "[1].

ويبدو جلياً من هذا القضاء مدى التوسع فى التفسير والذى مارسته المحكمة بثلاثة أساليب تفسيرية مختلفة هى :

أ – العامل التنسيقى بين النصوص والتفسير الجمعى لمجموعة من مواد القانون المرتبطة بموضوع واحد .

ب- الحكمة التشريعية أو بعبارة المحكمة العليا "ما هدف إليه الشارع". وهذا الأسلوب والذى سبقه من أساليب المنهج المنطقى فى التفسير كما سلف البيان .

جـ – قاعدتى من "باب أولى" و" بالضرورة"، وقد جمعت المحكمة العليا فى هذا الحكم بين المصطلحين وكان يكفيها منهما أيهما.

٢- " تخول المادة ٣٨ من قانون الإجراءات رجال السلطة العامة فى الجنح المتلبس بها التى يجوز فيها الحبس. وفى الجنايات **من باب أولى** أن يحضروا المتهم ويسلموه إلى أقرب مأمور ضبط قضائى ... ومقتضى هذه السلطة كذلك أن يتحفظ رجل السلطة العامة على جسم الجريمة الذى شاهده مع المتهم فى حالة التلبس كى يسلمه بدوره إلى مأمور الضبط القضائى... والقول بغير ذلك يعرض أدلة الدعوى للضياع وهو ما يتجافى مع مراد الشارع "[2].

وهذا القضاء يعد تفسيراً لنص إجرائى متعلق بالإثبات الجنائى أسسته المحكمة على الحكمة التشريعية والتى عبرت عنها بـ "مراد الشارع" وانتهت بهذا التفسير إلى توسع فى مفهوم النص اقتضاه حسن سير العدالة. ومن ثم فإن المحكمة لم تعبأ بكون ذلك التفسير يؤدى إلى نتائج فى غير صالح المتهم إذ أن خطتها فى المسائل الإجرائية تغليب مبدأ "حسن سير العدالة" على مبدأ "أصل البراءة" وما يتفرع عنه من لزوم التفسير الذى يجنح إلى صالح المتهم كما سلف البيان .

---

[1] الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣٠ س ١٨ص ١١٧ .

[2] الطعن رقم ٢٠٠٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٥٩/٢/٢٣ س ٤ ص ٤٣٥ .

٣ - " جرى قضاء محكمة النقض بطريقة ثابتة على أن وكيل النيابة الذى يباشر تحقيقاً فى قضية ما ويعين بعدئذ قاضياً لا يجوز له أن يجلس للفصل فى هذه القضية نفسها .. وهذا القضاء مؤسس على ما تقضى به أصول العدل الطبيعى التى تأبى أن يكون الإنسان خصماً وحكماً فى آن واحد وهذا الأصل الذى يبنى عليه رد القضاة فهو أصل من أصول النظام الطبيعى العام المفهومة **بالضرورة** التى لا تحتاج فى وجوب احترامها إلى نص قانونى خاص ... "[١].

ويبدو فى هذا القضاء القديم للمحكمة العليا جنوحها إلى التفسير الواسع باستخدام فكرة المبادئ العامة للقانون وهو ما عبرت عنه المحكمة بأصول "العدل الطبيعى". وقد قامت بهذا التفسير الواسع المؤسس على مبادئ العدالة والقانون الطبيعى تحت ستار قاعدتى "من باب أولى" و"بالضرورة" .

٤ - " إذن فما دام هناك إذن من النيابة العامة بتفتيش أحدهما أو وكيلهما فإنه يشمل **بالضرورة** ما يكون متصلاً به والمتجر يعد كذلك... "[٢].

ويبدو من وجهة نظرى أن هذا التوسع فى تفسير النص الإجرائى مدار هذا القضاء يتعدى حدود المنطق المعروف لمفهوم الموافقة فى الفقه الشرعى والقانونى المعبر عنه فى قضاء محكمتنا العليا بقاعدتى "من باب أولى" و"بالضرورة ". بل هو تفسير واسع مؤسس على النظر فى الحكمة التشريعية الكامنة وراء النص. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فالنص مدار هذا القضاء من النصوص المتعلقة بالإجراءات وخطة المحكمة العليا كما استقرأناها وسلف بيانها تقوم على أساس تحقيق مبدأ " حسن سير العدالة" أياً ما كانت نتيجة ذلك من حيث تضييق أو توسيع مفهوم النص .

- **حدود استخدام المحكمة العليا لقاعدة من باب الأولى فى مجال التفسير (ألا يكون النص استثنائى) :**

---

[١] الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٣٣/١/١٦ **مجموعة عمر** ج ٣ص ١٠٥ .

[٢] الطعن رقم ٧٦٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٦ س ٢٠ ص ٩١٠ .

أمكننى الوقوف على ضابط وحيد فى هذا الصدد فقد قررت المحكمة العليا فى هذا أنه "ولا محل للاستشهاد بحكم المادة ٦٨من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٣لسنة ١٩٦١، والتى تقضى بأن تصرف للمستحقين عن المؤمن عليه فى حالة فقده معونة تعاد معاش الوفاة، ذلك أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٧١مكرراً هو نص استثنائى على ما سلف البيان، فلا يجوز التوسع فى تفسيره عن طريق القياس أو الاستنتاج من باب أولى كما ذهب الحكم المطعون فيه"[١].

- **تطبيقات قضائية للقياس كوسيلة تفسير (فى إطار النموذج القانونى للجريمة) :**

أولاً: لقد اضطرت أحكام محكمة النقض المصرية على أن تيار الكهرباء مما يصلح محلاً لجريمة السرقة، إستناداً إلى أن وصف المال المنقول لا يقتصر على ما كان جسماً متحيزاً قابلاً للوزن طبقاً لنظريات الطبيعة، بل هو يتناول كل شئ مقوم قابل للتملك وللحيازة والنقل من مكان إلى آخر. فالتيار الكهرباء وهو مما تتوافر فيه هذه الخصائص من الأموال المنقولة المعاقب على سرقتها.

وتتم سرقة الكهرباء بعدة وسائل وأساليب تساوت فى قضاء محكمتنا الموقرة فى إدخالها جميعاً داخل الأنموذج القانونى للسرقة دون التوقف عند حدود الألفاظ الضيقة للمادة ٣١٧ وسائر المواد الأخرى المنصوص فيها على هذه الجريمة. من ذلك توصيل سلك بسلك الكهرباء الرئيسى قبل مرور بعدادات المشتركين. وحينئذ تقع السرقة على مؤسسة الكهرباء. وقد تقع على المشترك إذا وصل الجانى السلك بسلك الكهرباء بعد مروره بالعداد، فتضاف كمية الكهرباء التى اختلسها إلى الكمية التى يحسبها العداد على المشترك. كذلك قد تقع سرقة الكهرباء، إذا قام الجانى بتعطيل العداد أو تبطيئه بحيث لا يحسب أو يحسب بمقدار أقل من الحقيقة كمية الكهرباء المستهلكة[٢]، مع ملاحظة أن تعطيل العداد ليس بذاته الفعل المكون لجريمة سرقة التيار الكهربائى، بل هو مؤدى إليه حتماً بمجرد مرور التيار به بعد توقفه[٣].

ولكن لا يعتبر سرقة تغيير الكمية التى سجلها العداد، بحيث يشير إلى رقم أقل، إذ أن المشترك قد حصل على كمية الكهرباء بالطريق المشروع، ثم حدث

---

[١] ١٩٧٢/٣/١٥ م نقض م ٢٢ ، ٤١٨ .

١٩٧٤/١١/٦ م نقض م ٢٥ ، ١٢٠٨.

[٢] انظر تطبيقات للقضاء الفرنسى فى هذا الشأن ما ذكره الأستاذ جاسون المادة ٣٧٩ رقم ٢٦٣ . مشار إليه فى مؤلف د / فوزية عبد الستار : **المرجع السابق** ، ص ١٣١ .

[٣] نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٦١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٢ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ .

بعد ذلك تغيير غير مشروع فى الدليل المثبت لكمية الكهرباء التى استهلكها المشترك .

ثانياً : يثور التساؤل عن تكييف الفعل حين يحول المتهم مسار خط تليفون المجنى عليه من نقطة التوزيع إلى منزله، حيث أصبح التليفون يعمل بانتظام. وبذات رقم تليفون المجنى عليه، الذى تعطل نتيجة لذلك، بينما هذا المتهم لم يكن قد تعاقد مع هيئة التليفونات على استعمال تليفون.

وقد ذهبت محكمة النقض إلى القول بأن هذا الفعل تقوم به أركان جريمة السرقة. وذلك استنادا إلى أن الخط التليفونى له قيمة مالية تتمثل فى تكاليف الاشتراك والمكالمات التليفونية المستعملة. وإلى أن المتهم قد تملك فعلاً بفعله قيمة الاشتراك والمكالمات التليفونية التى استعملت، وهو يعلم يقيناً بأنه غير مالك لهذا الخط[1] .

ونحن نتفق مع محكمة النقض فيما انتهت إليه من اعتبار الواقعة سرقة. ولكننا نرفض مع بعض الفقه ما ذهبت إليه تبريراً لهذا الحكم، فربما كان الأقرب إلى المنطق أن المتهم هنا قد استولى على التيار الكهربائى الذى يسرى فى الخط التليفونى، والذى يستعمل فى المكالمات التليفونية. ونستطيع القول عندئذ بأن سرقة الخط التليفونى تعتبر تطبيقاً لسرقة الكهرباء[2].

ثالثاً : تنص المادة ٣٣٨ من قانون العقوبات على أن: "كل من انتهز فرصة احتياج، أو ضعف أو هوى نفس شخص لم تبلغ سنه الحادية والعشرين سنة كاملة، أو حكم بامتداد الوصاية عليه من الجهة ذات الاختصاص. يجب أن يكون المجنى عليه قاصراً، وقد حدد النص المقصود بالقاصر فى هذه الجريمة بأنه كل شخص، ذكراً كان أو أنثى، لم تبلغ سنه الحادية والعشرين سنة كاملة، أو بلغ هذه السن، وحكم بامتداد الوصاية عليه من الجهة ذات الاختصاص .

والتحديد بهذه الصورة يقطع بأن المشرع قد حصر المجنى عليه فى الفئتين المذكورتين. ويترتب على ذلك من ناحية أنه لا يجوز أن تمتد الحماية إلى غيرهم ممن هم فى حكم القاصر، كالمحجور عليهم لجنون أو عته أو سفه. وقد جاءت المادة ٤٠٦ من قانون العقوبات الفرنسى السابق المقابل للمادة ٣٣٨ من قانون العقوبات المصرى أقل منها تحديداً حيث تكلمت عن استغلال القاصر دون تحديد لسن معينة. وقد دفع ذلك ببعض الفقهاء إلى القول بأن النص يحمى كل قاصر

---

[1] نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٨٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٣١ رقم ١٩٤ ص ١٠٠٢ .

[2] د / فوزية عبد الستار : **المرجع السابق** ، ص ١٣٥ .

سواء كان قصوره راجعاً إلى صغر سنه أو إلى ضعفه العقلى كالمجنون والمعتوه[١].

أما النص المصرى فقد حسم الأمر بحصره الحماية فى القاصر الذى يرجع قصوره إلى صغر سنه، وهو من لم تبلغ سنه الحادية والعشررين[٢]. وقد دعا البعض، بحق، إلى تعديل تشريعى لمد نطاق الحماية إلى المحجور عليهم لجنون أو عته أو سفه استناداً إلى توافر حكمة الحماية لديهم وهى الضعف[٣]. ولم يعرض الأمر على محكمتنا الموقرة، فيما أعلم، لتبدى اتجاهاً فيه .

ومن ناحية أخرى لا يجوز أن تنحسر الحماية عن القاصر الذى لم يبلغ الحادية والعشرين، ولو كان قد بلغ الثامنة عشرة، وأذن له بإدارة أمواله. وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن "الشارع قد قصد بالمادة ٣٣٨ من قانون العقوبات حماية القصر من طمع كل من تحدثه نفسه بأن يستغل شهواتهم وهوى أنفسهم، وينتهز فرصة ضعفهم وعدم خبرتهم، فيحصل منهم على كتابات أو سندات ضارة بمصالحهم من قبيل ما هو منصوص عليه فى تلك المادة.

واتباعاً للمحكمة الموقرة أسلوبها التفسيرى القائم على مد نطاق التجريم بالقدر الذى يحقق المصلحة المحمية من وراء النص. وهو ما يعد تفسيراً واسعاً فى إطار الأنموذج القانونى للجريمة محل البحث طبقاً لمعيارنا المقترح. فقد قضت بأنه "وبمقتضى عموم النص يجب أن يدخل فى متناول هذه الحماية كل قاصر لم يبلغ الحادية والعشرين سنة، أو بلغها ومدت عليه الوصاية. فلا يخرج عن متناولها القاصر الذى يتسلم أمواله بعد بلوغه الثمانى عشرة سنة ليقوم بإدارتها ، فإنه ليس له أن يباشر إلا أعمال الإدارة الواردة على سبيل الحصر فى قانون المجالس الحسبية على أن يقدم عنها حساباً للمجلس الحسبى. وإذا كان الافتراض غير وارد ضمن ما أجيز لهذا القاصر مباشرته، بل كان محظوراً عليه كما هو محظور على الوصى بمقتضى نصوص القانون المذكور، فإن المادة ٣٣٨ من قانون العقوبات تكون منطبقة على من يستغل ضعفه ويحصل منه على سند بدين"[٤].

---

[١] Garraud, t. ٦ . no. ٢٦٠٣

[٢] استئناف قنا فى ٢١ يناير سنة ١٩٠٩ **المجموعة الرسمية** س ١٠ ص ١٥١ .

– نقض ٦ كمارس سنة ١٩٠٩ **المجموعة الرسمية** س ١٠ ص ٢٥٣ .

[٣] د/ مصطفى القللى : **المرجع السابق** ، ص ٢٧٣.

[٤] نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٥ رقم ٤٤٤ ص ٦٩٣ .

وصوناً للحرية الشخصية كمبدأ قانونى عام يحدد اتجاه المحكمة الموقرة فى التفسير ولو على حساب مصلحة المتهم وما يعنيه أصل البراءة كمبدأ عام أيضاً، فقد توسعت محكمة النقض فى تفسيرها للجرائم المنصوص عليها بالمادتين ٢٨٠ و٢٨٢عقوبات. فقضت بأن "التهديد بالقتل والتعذيب قسيمان بمنزلة واحدة من جهة توافر الموجب لتغليظ العقوبة المنصوص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٨٢ عقوبات "[١].

ثالثاً : تطبيقات على الدور القضائى المأمول لعلاج عيوب الصياغة التشريعية المفضية إلى حالة غموض النص :

- **المثال الأول :**

تنص المادة ١٤٧عقوبات على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنين، وبغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تزيد على خمسمائة جنيه كل من ارتكب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها فعلا من الأفعال الآتية:

أولاً : التحريض على قلب نظام الحكم المقرر فى القطر المصرى، أو على كراهيته والازدراء به .

ثانياً : تحبيذ أو ترويج المذاهب التى ترمى إلى تغيير مبادئ الدستور الأساسية، أو النظم السياسية للهيئة الاجتماعية بالقوة، أو بالإرهاب، أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة ".

إن لفظ الكراهية الواضح فى المادة السالفة البيان ليس سهل التحديد أو ظاهر المعالم أو معين تعيينا يطمئن إليه القاضى، لأنه ثمة ما يمكنه تنظيم الاتجاهات الانفعالية تنظيما يؤدى إلى الإبقاء على النفس وتحقيق رفاهيتها والمحافظة على الغير وإسعاده، أو ينتهى بتعذيب النفس والقضاء عليها أو إشقاء الغير وتدميره. وليس أشق على القاضى من متابعة العواطف الإنسانية، وهى تشق طريقها إلى أهدافها مستمرة فى خدمتها عناصر نفسية تكاد تكون واحدة فى الكراهية والحب[٢].

كما أن معنى الازدراء ليس واضحاً عند الشارع على سبيل التحديد والتقريب، ولا نعرف كما يقول هذا الجانب من الفقه بحق كيف يكون الازدراء بنظام الحكومة. وإذا كان الشارع لم يضع تعريفاً يلم بالعبارات التى يمكن أن تعتبر تحريضاً على القلب أو الكراهية أو الازدراء بل ترك الأمر للقاضى، وها هو ذا القاضى يجد مهمته فى سبيل التحديد مستحيلة أو فى حكم المستحيلة بدليل

---

[١] الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٩ س ٢٠ ص ٨٥٣ .

[٢] د / ماهر أبو العينين ، **المرجع السابق** ، ص ٣٥٦.

تعارض الأحكام وتناقضها، فكيف تنتظر الأمة التى هى مصدر السلطات أن يدلها قادة الرأى من مفكريها إلى مواطن الداء[1].

أما عبارة نظام الحكم فقد اختلف فى تحديدها والوقوف على مدلولها قضاء المحاكم. ويتساءل الفقه هل هذا المدلول هو الذى نصت عليه المادة الأولى من الدستور١٩٢٣مصر دولة حكومتها ملكية وراثية وشكلها نيابى[2]. أم المدلول المقصود فى نصوص التجريم سالفة الذكر وهو نظام الحكم فى نوعه أى فى أساسه الإجمالى المقرر بالمادة الأولى من الدستور من أن حكومة مصر تكون وراثية نيابية، وأيضا هذا النظام فى صورته التفصيلية المقررة بباقى مواد الدستور. وطبقاً لهذا النظر فقد قضى بأن "الطعن فى الدستور والتحريض على عدم طاعته هو إذن طعن على نظام الحكم التى قرره ذلك الدستور وتحريضاً على كراهيته"[3].

كما ذهب قضاء بعض المحاكم إلى التوسع فى مدلول "نظام الحكم" فى نصوص التجريم سالفة الذكر فقضى بأنه يشمل "الوزارة القائمة أو رئيسها، فهو يشمل الوزارة كما يشمل النظم الأساسية للدولة"[4]. ولكن محكمة النقض خطأت هذا الحكم ونقضته. وذلك تأسيساً على أن المستفاد من ذلك الحكم، وهو الواضح من المقالات التى نشرت، أن الطاعن لم يوجه جملته إلى الدستور ذاته أو إلى النظم ذاتها كما هى مقررة فى الدستور. بل هو قد أفرغ مطاعنه فى قالب إهانة وسب وقذف صريح إلى ذوات كائنه معينة هى الوزارة القائمة ورئيس هذه الهيئة وأعضائها، بدعوى أنهم خالفوا الدستور وهؤلاء مهما وجبت لهم الطاعة والاحترام فى حدود القانون باعتبارهم حكاماً، فإنهم لا يعتبرون جزءاً من النظام المقرر للحكم، بل هم ليسوا إلا قائمين عليه ماداموا حكاماً، وقد تكفل القانون بالنص على القدر الذى رآه جديراً بالحماية الخاصة الواجبة لهم بصفتهم هذه فى نصوص أخرى أوردها"، وما زالت هذه المادة

---

[1] د/ رياض شمس : **حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر** ، الجزء الأول ١٩٤٧ ، ص١٩٤ ، وأنظر الأحكام التى أشار إليها سيادته.

[2] محكمة جنايات مصر ٢٣ يوليو ١٩٣١ ص٤٧٦ .

[3] محكمة النقض فى ١٤ مارس ١٩٣٢ بند ٣٣٢ ص٧٤٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض والإجرام فى المواد الجنائية للأستاذ محمود عمر .

[4] حكم محكمة جنايات مصر ٧ / ١٩٣٩/١٢ بند ١١٠ ص٢٠٦ – ٢٠٨ .

– انظر ما سبق بالباب الثانى ، الفصل الول ، عند الحديث عن قواعد المنهج اللغوى فى التفسير حيث ذكرنا هذا المثال من زاوية أخرى .

بغموضها باقية إلى الآن[1]. ولا تقل الفقرة ثانياً فى غموضها، وهناك اختلافاً كبيراً مماثلاً حول المقصود بـ "مبادئ الدستور الأساسية" والمقصود بـ " النظم السياسية للهيئة الاجتماعية"[2].

وهذا المثال المتداول فى كتب الفقه لم يعرض بعد فى الواقع على محكمة النقض الموقرة. إلا أنه كان موجهاً لاهتمامى إلى تتبع واستقراء قضاء محكمتنا العليا الموقرة فى هذا الصدد.

تأثيرات مبادئ المدرسة العلمية فى التفسير أو ما يطلق عليها مدرسة البحث الحر تظهر بوضوح عند تكملة المحكمة العليا للنقص التشريعى ويمكننا رصد الأمثلة التالية من قضاء محكمتنا الموقرة تدليلاً على ذلك:

أولاً : تحديد المحكمة الموقرة ضابط "البدء فى التنفيذ" والفرق بينه وبين العمل التحضيرى :

وقد صيغ نص المادة ٤٥ من قانون العقوبات على نحو "الشروع هو البدء فى تنفيذ فعل يقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها، ولا تعتبر شروعاً فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكاب ولا الأعمال التحضيرية لذلك".

وقد استقر قضاء المحكمة العليا تطبيقاً لهذا النص على ما يلى :

١- " أنه لا يشترط لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل بتنفيذ جزء من الأعمال المكونة للركن المادى للجريمة، بل يكفى لاعتبار أنه شرع فى ارتكاب جريمة أن يبدأ بتنفيذ فعل ما سبق مباشرة على تنفيذ الركن المادى لها ومؤد إليه حتماً. والقصد الجنائى فى الشروع هو ذات القصد الجنائى الذى يتعين توافره إذا كانت الجريمة تامة، فيقوم فى الحالين على ذات العناصر ويخضع لقيد الأحكام"[3].

٢- " الواجب بيانه والتدليل عليه فى الحكم الصادر بالعقوبة فى جريمة الشروع فى القتل إنما هو نية ارتكاب الجريمة التامة لا نية الشروع فيها ؛ لأن نية الشروع فى القتل نية غير مفهوم لها مدلول موضوعى لا حكم قانونى، يوضح تصورها. لأنه إذا كان مدى فكر الجانى هو الاقتصار من فعلته التى

---

[1] د/ رياض شمس : **المرجع السابق** ، ص٢٠٦ . والحكام التى أشار إليها سيادته .

[2] د/ رياض شمس : **المرجع السابق** ، ص٢٢٠ .

[3] د / حسن محمد ربيع ، **قانون العقوبات** ، **القسم العام** ، ٢٠٠١ .

يقصد بها القتل أن تقف عند حد الشروع فيه، لما كانت فعلته إلا مجرد تعمد الإيذاء بالضرب أو الجرح بحسب النتيجة الواقعية للقتل "[1] .

ثانياً : تحديد المحكمة ضابط " الجريمة المستحيلة " :

إن أهم ما تثيره نظرية الشروع فى الجريمة من صعوبات هو تحديد معيار التمييز بين الأعمال التحضيرية والبدء فى التنفيذ، واستظهار ضابط الجريمة المستحيلة، وبيان القصد الجنائى المتطلب فى الشروع .

وتبنت محكمة النقض فى هذا الشأن المذهب الشخصى، وأخذت على وجه التحديد بصياغة بعض أنصاره الذين عرفوا البدء فى التنفيذ بأنه "العمل الذى يؤدى حالاً ومباشرة إلى الجريمة". فقالت محكمتنا الموقرة تحديداً لهذا المعيار أنه "لا يشترط لتحقق الشروع أن يبدأ الفاعل بتنفيذ جزء من الأعمال المكونة للركن المادى للجريمة، بل يكفى لاعتبار أنه شرع فى ارتكاب جريمة أن يبدأ بتنفيذ فعل ما سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى ومؤد إليه حتماً، وبعبارة أخرى يكفى أن يكون الفعل الذى يباشره الجانى هو الخطوة الأولى فى سبيا ارتكاب الجريمة، وأن يكون بذاته مؤدياً حالاً ومن طريق مباشر إلى ارتكابها، ما دام قصد الجانى من مباشرة هذا الفعل معلوماً وثابتاً "[2].

وقضت المحكمة العليا كذلك بأن "طبيعة المادة إنما هى ظروف خارجة عن إرادة الفاعل، فمن يضع مثل هذه المادة فى شراب ويقدمه لآخر يعتبر فعله، إذا ثبت اقترانه بنية القتل، من طراز الجريمة الجنائية لا الجريمة المستحيلة. لأنه مع صلاحيته لإحداث الجريمة المبتغاة قد خاب لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها "[3].

---

[1] – نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٥٠ **مجموعة أحكام النقض** س١ رقم ٢٤٥ ص٧٥١ .

– نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ سنة ٧ رقم ٢١٠ ص ٣٦٥.

[2] – نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٤ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٣ رقم ٢٨٢ ص ٣٧٥ ، والقضاء مستقر على الأخذ بالضابط الشخصى فى صياغة هذه

– نقض ١٥ إبريل سنة ١٩٧٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٢١ رقم ١٢٥ ص ٥١٨.

[3] – نقض ٢٣ مايو سنة ١٩٣٢ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٢ رقم ٣٥٤ ص ٥٦٩ .

– نقض ١١ مايو سنة ١٩٣٦ ج ٣ رقم ٤٦٩ ص ٦٠١ .

– نقض أول يناير سنة ١٩٦٢ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٣ رقم ٢ ص ١٠.

– ٣١نقض مايو سنة ١٩٧٠ س٢١ رقم ١٧٩ ص ٧٦٠.

وقالت محكمة النقض كذلك أنه "لا محل للقول باستحالة الجريمة مادام أن المادة المستعملة تصلح فى بعض الظروف لتحقيق الغرض المقصود منها"[١].

أما عن القصد الجنائى فى الشروع فهو ذات القصد الجنائى الذى يتعين توافره إذا كانت الجريمة تامة، فيقوم فى الحالين على ذات العناصر ويخضع لعين الأحكام .

وقد قالت محكمة النقض فى ذلك أن "الواجب بيانه والتدليل عليه فى الحكم الصادر بالعقوبة فى جريمة الشروع فى القتل إنما هوة نية ارتكاب الجريمة التامة لا نية الشروع فيها، لأن نية الشروع فى القتل نية غير مفهوم لها مدلول موضوعى ولا حكم قانونى، بل لو صح تصورها وكان مدى فكر الجانى هو الاقتصار من فعلته التى يقصد بها القتل أن تقف عند حد الشروع فيه، لما كانت فعلته إلا مجرد تعمد الإيذاء بالضرب أو الجرح بحسب النتيجة الواقعية للقتل "[٢].

<u>ثالثاً : الضابط الذى توصلت إلى صياغته المحكمة الموقرة فى شأن "علاقة السببية ":</u>

وقد استقر قضاء المحكمة العليا فى هذا الصدد على أن "العلاقة السببية فى المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب، وتربط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عمداً، أو خروجه فيما ارتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه، والتضرر من أن يلحق عمله ضرراً بالقيد "[٣].

وفى ذات الإطار اعترفت محكمة النقض بالأهمية الحقيقية لعلاقة السببية كعنصر للمسئولية الجنائية، وشرط لقيامها، فقالت "أن جريمة القتل الخطأ أو الإصابة الخطأ لا تقوم قانوناً إلا إذا كان وقوع القتل أو الجرح متصلاً بحصول

---

[١] – نقض ٨ إبريل سنة ١٩٣٠ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٣ رقم ٣٥٧ ص٤٥٨.

[٢] – نقض ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٢ رقم ١١٦ ص ١٣٤.

– نقض ١٦ إبريل سنة ١٩٣٤ ج ٣ رقم ٢٣٢ ص ٣٠٩ .

– نقض ١٢ إبريل سنة ١٩٣٧ ج٤ رقم ٧١ ص ٦٥.

– نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٥٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١ رقم ٢٤٥ ص ٧٥١.

– نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ س٧ رقم ٢١٠ ص ٧٤٦ .

[٣] – نقض ٢٧ مارس ١٩٦٧ سنة ١٨ رقم ٨٤ ص ٤٤٥ .

– نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٢٢٠ ص ١٠٧٢.

الخطأ، فإذا انعدمت رابطة السببية انعدمت الجريمة لعدم توافر أحد العناصر المكونة لها "[1].

وقالت محكمة النقض كذلك "إذا كان الحكم المطعون فيه لم يذكر شيئاً عن حصول إصابات بالمجنى عليه، نشأت عن التصادم بالسيارة التى كأن يقودها المتهم، وأن الوفاة حدثت نتيجة لتلك الإصابات، فإنه يكون قد أغفل الاستدلال على ركن جوهرى من أركان جريمة القتل الخطأ، وهو رابطة السببية بين الخطأ وبين الضرر الواقع "[2].

وقالت أيضاً "من المتفق عليه أنه يلزم لتحقيق جريمة القتل الخطأ أن يكون الخطأ الذى ارتكبه الجانى هو السبب الذى أدى إلى حدوث القتل، بحيث لو أمكن تصور حدوثه ولو لم يقع هذا الخطأ فلا جريمة ولا عقاب، وتطبيق هذه القاعدة يستدعى حتماً استبعاد كافة صور القتل التى يقطع فيها عقل كل إنسان فى مركز الجانى، لأسباب صحيحة مقبولة بأن نتائج الإهمال محصور مداها محددة نهائياً، وأنها لا تصل إلى إصابة أحد ولا أمانته، إذ فهى هذه الصورة لا يكون القتل ناشئاً عن سبب آخر لا شان للمهمل به، وليس مسئولاً عن نتيجته "[3].

ويذهب أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى بحق إلى أن المشرع لم يحدد مدلول علاقة السببية، وقد أكملت محكمة النقض هذا النقص التشريعى، فحددت معيار هذه العلاقة فى قولها "العلاقة السببية فى المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب، وتربط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عمداً، أو خروجه فيما ارتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه. والتضرر من أن يلحق عمله ضرراً بالغير[4].

ولم تفصل محكمة النقض بعد بصورة واضحة فيما إذا كان من المتصور توافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية على نحو تقوم به مسئولية الممتنع عن النتيجة الإجرامية التى أعقبت أن امتناعه. ولكنها كانت قد قررت أن

---

[1] – نقض ٧ فبراير١٩٥٦ سنة ٧ رقم ٤٨ ص ١٤٢.

– نقض ١١ يونيو سنة ١٩٦٣ رقم ١٠٢ ص ٥٣٠ .

[2] – نقض ١٤ يونيو ١٩٥١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** سنة ٢ رقم ٤٤٥ ص ١٢٢٢،١١ والقضاء مستقر على ذلك .

– نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦١ س١٢ رقم ١٩١ ص ٩٢٩.

[3] – نقض ٣٠ يناير ١٩٣٠ **مجموعة القواعد القانونية** ج١ رقم ٣٨٤ ص ٤٥٨.

[4] – نقض ٢٧ مارس ١٩٦٧ سنة ١٨ رقم ٨٤ ص ٤٤٥ .

– نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٢٢٠ ص ١٠٧٢.

"تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً، وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة يعتبر قتلاً عمداً متى اقترن ذلك بنية القتل ، وكانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال"[1].

وقد رأى بعض الفقهاء أن محكمة النقض قد اعترفت فى هذا الحكم بعلاقة السببية بين الامتناع والوفاء، ولكن هذا القول محل نظر: فالاعتراف بهذه العلاقة يفترض أن ما صدر عن المتهم كان امتناعاً خالصاً، أما إذا صدر عن الجانى فعل إيجابى سعى به إلى إحداث النتيجة الإجرامية، ثم أعقبه بامتناع هدف به إلى المحافظة على آثار الفعل وتوجيهها إلى هذه النتيجة، فالجريمة فى مجموعها إيجابية، والمسئولية عنها لا تثير شكاً على الإطلاق[2] .

رابعاً : الضابط الذى استنبطته المحكمة العليا من " تعليقات الحقانية " لتحديد مدلول الفاعل الأصلى :

ويتجلى التفسير الواسع الذى انتهت إليه المحكمة الموقرة مستخدمة وسائل التفسير المنطقية و التاريخية فى هذا الضابط .

وقد جاء نص المادة ٣٩ عقوبات على النحو التالى: يعد فاعلاًً للجريمة:

أولاً : من يرتكبها وحده أو مع غيره .

ثانياً : من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال، فيأتى عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها. ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم ، وكذلك الحال إذ تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها.

وقد سار قضاء المحكمة العليا على تفسير هذا النص بالقول: وإذا كانت الجريمة تقوم على عدة أفعال، فكل من ارتكب أحد هذه الأفعال يعد فاعلاً للجريمة، وقد طبقت محكمة النقض هذه القاعدة على جريمة السرقة بالإكراه، فقالت "ظروف الإكراه فى السرقة من الظروف العينية التى تلحق ماديات الجريمة، وكل من ساهم من المتهمين فى فعل السرقة أو الاعتداء المكونين لجريمة السرقة تعتبر فاعلاً أصلياً فى هذه الجريمة"[3].

---

[1] – نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ **مجوعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ٢٨ ص ٢٧.

[2] انظر فى تفصيل الرأيان المذكوران بالمتن أستاذنا د / محمود نجيب حسنى : **القسم العام** ، **المرجع السابق** ، ص ٣١٤ .

[3] – نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١١ رقم ٣٤ ص١٨١ .

نص الشارع على هذه الحالة للمساهمة الأصلية فى المادة ٣٩ من قانون العقوبات. وقد اجتهدت محكمة النقض فى تفسير هذا النص على مذهبين، فقد ذهبت أولاً إلى الأخذ بتفسير ضيق له، فقررت أنه "إذا تعدد المتهمون تعددت الجرائم الثابتة عليهم، وثبت إصرارهم عليها، وكان فعل كل جريمة منها لا يمكن تصور وقوعه إلا من فاعل بعينه، ولم يعرف الفاعل الأصلى لكل جريمة، فلا تصح نسبة تكون الفعل الأصلى لكل واحد من هؤلاء المتهمين، لأن هذه النسبة تكون مشكوكاً فيها، والمشكوك فيه لا يصح اعتباره أساس للحكم، وإنما يجب اعتبار المتهمين جميعاً شركاء بالاتفاق فى كل هذه الجرائم، مادام الاشتراك هو القدر المتيقن فى حق كل منهم، ولا مانع فى القانون يمنع من عقاب الشريك إذا كان الفاعل الأصلى مجهولاً، كما لا مانع عقلياً ولا قانونياً يمنع من اعتبار الشخص شريكاً فقط، متى وقع الشك فى نسبة الفعل له، وكانت عناصر الاشتراك متوفرة فى حقه توافراً لا شك فيه[1].

وقالت كذلك " يؤخذ من نص المادتين ٣٩، ٤٠، وقد فسرت محكمة النقض هذا النص، فأجملت حالات اعتبار المتهم فاعلاً، فقالت "عن الفاعل إما أن ينفرد بجريمة أو يسهم معه غيره فى ارتكابها، فإذا أسهم فإما أن يصدق على فعله وحده وصف الجريمة التامة، وإما أن يأتى عمداً عملاً تنفيذياً فيها، إذا كانت الجريمة تتكون من جملة أفعال، سواء بحسب طبيعتها أو طبقاً لخطة تنفيذها، وحينئذ يكون فاعلاً مع غيره إذا صحت لديه نية التدخل فى ارتكابها، ولو أن الجريمة لم تتم بفعله وحده بل تمت بفعل واحد أو أكثر من تداخلوا فيها عرف أو لم يعرف "[2].

وتضم حالات المساهمة الأصلية فى الجريمة أوضاعاً متعددة ، نشي فيما يلى إليها ، لكل جريمة ركنها المادى وأهم عناصر هذا الركن الفعل الذى يجرمه الشارع ، ويتكفل بتحديده بالنسبة لعمل جريمة، وحين يساهم فى إتيان الجريمة . ومن ثم يعد فاعلاً ، وقد قالت محكمة النقض فى بيتان ذلك "إذا كان الحكم فى بيانه الأفعال التى صدر من المتهمين قد ذكر أنهما انقضا فجأة كل بالعصا التى كان يحملها على المجنى عليه، فضرباه على رأسه وجسمه، فلما حاول الهرب تعقباه، وظل هو يقاومهما، ولكنهما استمرا بضربه إلى أن سقط على الأرض جثة هامدة ، ثم انتهى الحكم إلى أن ذلك كان من المتهمين عن عمد وسبق الإصرار،

- نقض ٢٣مارس سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٦١ ص ٢٨١ .
- نقض ١٩ يونيو سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ١٧٠ ص ٨٤٦ .

[1] نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٢ رقم ١١٤ ص ١٣٢

[2] نقض ١٥ مارس سنة ١٩٧٠ **مجموعة أحكام النقض** س٢١ رقم ٩١ ص ٣٦٥

فإنه يكون بذلك قد أثبت أن كلا منهما قد ارتكب عملاً من الأعمال التى ارتكب القتل بها، وتكون مساءلتهما كفاعلين صحيحة "[1].

وقضت محكمتنا العليا كذلك "أنه لتبين الحد الفاصل بين الفاعل الأصلى والشريك فى جريمة تعدد فيها المتهمون، ينظر إلى الأعمال التى اقترفها كل منهم، فإن كانت هذه الأعمال داخلة مادياً فى تنفيذ الجريمة التى حدثت عن مقترفها فاعلاً أصلياً، أما إذا كانت تلك الأعمال غير داخلة فى تنفيذ الجريمة التى حدثت عن مقترفها فاعلاً أصلياً، أما إذا كانت تلك الأعمال غير داخلة فى تنفيذ الجريمة اعتبر مقترفها شريكاً فقط، إذا كان هذا العمل هو من قبيل التحريض أو الاتفاق أو المساعدة بالقيود المدونة بالمادة ٤٠ عقوبات "[2].

ولكن محكمة النقض عدلت عن هذا التفسير الضيق ، وأخذت بضابط يوسع من نطاق فاعل الجريمة، واستلهمته من تعليقات الحقانية على المادة ٣٩ من قانون العقوبات، وقد عبرت عن هذا الضابط بقولها" عن المادة ٣٩ من قانون العقوبات. يؤخذ من عبارتها ومن تعليقات الحقانية عليها، خصوصاً من الأمثلة التى أوردتها هذه التعليقات شرحاً لها، أنه يعتبر فاعلاً، أولاً: من يرتكب الفعل الذى تتكون به الجريمة كلها، سواء أكان هو وحده أم كان معه غيره، ثانياً: من يأتى بقصد ارتكابها عملاً من العمال التى ارتكبت فى سبيل تنفيذها متى كان عمله فى حد ذاته يعتبر شروعاً فى ارتكابها، ولو كانت الجريمة لم تتم بهذا الفعل، وإنما تمت بفعل واحد أو أكثر ممن تدخلوا معه فيها، فإذا اتفق شخصان أو أكثر على ارتكاب جناية القتل، ثم اعتدى كل منهم بالضرب على المجنى عليه، فإنهم يعتبرون فاعلين فى جناية القتل، ولو كانت الوفاة لم تنشأ إلا عن فعل واحد منهم فقط، عرف بعينه أو لم يعرف، يدل على ذلك المقابلة بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٩المذكورة، فالأولى محلها أن يكون المتهم قد ارتكب الفعل المكون للجريمة، أما الثانية فمحلها أن تكون الجريمة قد اتفق بين عدة أشخاص على ارتكابها بجملة أفعال على أن يقوم كل واحد منهم بمباشرة فعل منها"[3].

---

[1] – نقض ٢١ إبريل سنة ١٩٤٧ **مجموعة القواعد القانونية** ج٧ رقم ٣٤٨ ص ٣٣١ .

– نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٦٨ **مجموعة أحكام النقض** س ١٩ رقم ١٢١ ص ٧٥٠ .

[2] – نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٢ رقم ١٨٨ ص ٢٤٢ .

[3] – نقض ٣ فبراير سنة ١٩٤١ **مجموعة القواعد القانونية** ج٥ رقم ٢٠٠ ص ٢٨٢ ، وقد استقرت محكمة النقض على هذا الضابط .

– نقض ١٥ مارس سنة ١٩٧٠ **مجموعة أحكام النقض** س ٢١ رقم ٩١ ص ٣٦٥ .

اتجهت محكمة النقض إلى مزيد من التوسع فى فكرة الفاعل، فاعتبرت المتهم فاعلاً للجريمة على الرغم من أنه لم يأت فعلاً يعد بدءاً فى تنفيذها، ولكن فعله مع ذلك يعد دوراً رئيسياً فى الجريمة اقتضى ظهوره على مسرحها .

وقد قالت محكمة النقض فى ذلك أنه "إذا كان المتهم قد وقف ليرقب الطريق بينما كان زملاؤه يجمعون القطن لسرقته، فإنه، مثل زملائه، يكون فاعلاً أصلياً فى السرقة، لأن هذا الذى فعله هو من الأعمال المكونة لها". وقالت كذلك "يكون فاعلاً لا شريكاً فى جريمة الإتلاف المتهم الذى يقف حاملاً سلاحاً إلى جانب زملائه ليحرسهم، وهم يتلفون الزراعة، لأن فعله هذا هو من الأعمال المكونة للجريمة[1]. وقالت أيضاً "متى كان الفاعلون فى جريمة قد ساهم كل منهم فيها بفعل من الأفعال المكونة لها، فذلك يكفى لاعتباره فاعلاً أصلياً .

وإذن فإذا كان المتهمون فى سرقة قد قام بعضهم بلهية سكان المنزل، وبعضهم بدخوله والاستيلاء على المسروقات، وتمت الجريمة بناء على ذلك، فإنهم جميعاً يكونوا فاعلين أصليين "[2].

أما الفاعل المعنوى للجريمة فهو من يسخر غيره فى تنفيذها، فيكون فى يده بمثابة أداة يستعين بها فى تحقيق العناصر التى تقوم عليها، فالفاعل المعنوى قد نفذ الجريمة ولكن بواسطة غيره. وقد اعترفت محكمة النقض بنظرية الفاعل المعنوى، وأقرت بذلك مزيداً من التوسع فى فكرة فاعل الجريمة. فذهبت إلى أنه "إذا ضاعت حافظة النقود من أحد ركاب سيارة عامة، فعثر عليها غلام من الركاب، فالتقطها ظناً منه أنها لأحد أصدقائه الراكبين معه، ولم يكن من الكمسارى باستيلائه على

الحافظة فى لحظة العثور عليها من الغلام يكون فى الواقع هو الذى التقطها وحبسها بنية تملكها بطريق الغش، والغلام لم يكن إلا مجرد واسطة بريئة"[3].

ومن ناحية أخرى تتطلب المساهمة الأصلية فى الجريمة ركناً معنوياً يتخذ صورة القصد الجنائى إذا كانت الجريمة عمدية، ويتخذ صورة الخطأ إذا كانت الجريمة غير عمدية. وقد قالت محكمة النقض فى بيان القصد نتيجة حتماً قصد المساهمة فى الجريمة أو نية التدخل فيها. إذا وقعت نتيجة اتفاق بين المساهمين

---

[1] - نقض ٢٦ مايو سنة ١٩٤١ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٥ رقم ٢٦٩ ص ٥٢٦ .

٢ - نقض ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ ج٥ رقم ٣٣١ ص ٦٠٢ .

- نقض ٦ يناير سنة ١٩٦٩ **مجموعة أحكام النقض** س ٢٠ رقم ٧ ص ٢٩ .

- نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٨٤ ص ٣٨٨ .

٣ نقض ٧ فبراير سنة ١٩٤٤ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٦ رقم ٣٠٠ ص ٣٩٥

من الجريمة، أى أن يكون كل منهم قصـــد الآخر فى إيقاع الجريمة المعنية، وأسـهم فعلاً بدور فى تنفيذه بحسب الخطة التى وضـعت أو تكونت لديهم فجأة، وإن لم يبلغ دوره على مسرحها حد الشروع"[1].

خامســاً : محاولة تحديد المحكمة ضــابط "التماثل" بين الجرائم الذى اعتبره الشارع شرطا فى إحدى حالات "العود".

وقد صيغ نص المادة ٤٩ عقوبات على النحو التالى "يعتبر عائداً:

أولاً : من حكم عليه بعقوبة جناية وثبت ارتكابه بعد ذلك جناية أو جنحة.

ثانياً : من حكم عليه بالحبس مدة سنة أو أكثر وثبت أنه ارتكب جنحة قبل مضى خمس سنين من تاريخ انقضاء هذه العقوبة، أو من تاريخ سقوطها بمضى المدة.

ثالثاً : من حكم عليه لجناية أو جنحة بالحبس مدة أقل من سنة واحدة أو بالغرامة، وثبت أنه ارتكب جنحة مماثلة **للجريمة** الأولى قبل مضـى خمس سـنين من تاريخ الحكم المذكور وتعتبر السـرقة والنصـب وخيانة الأمانة جنحا متماثلة فى العود وكذلك العيب والإهانة والسب والقذف جرائم متماثلة.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا تطبيقا لهذا النص على :

قررت محكمة النقض أنه "يصح للمحاكمة تطبيق حكم المادة ٤٩ من قانون العقوبات ومعاملة المتهم على أسـاسـها عند توافر شـروطاً مهما طالت المدة بين ارتكاب المتهم للجريمة التى يعتبر عائداً على أساسها وبين الحكم عليه فيها"[2].

وقد قالت محكمة النقض فى ذلك "من الخطأ أن تحسـب بداية السـنوات الخمس المنصـوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات بعد انقضـاء المراقبة، إذ القانون أوجب حسـابها مباشـرة بعد انقضـاء عقوبة الحبس وحدها"[3].

حددت محكمة النقض هذا المدلول فى قولها "المراد بتماثل الجرائم فى الخصـوص الذى تحدثت عنه هذه المادة فى حالة العود طبقاً للفقرة الثالثة من

---

١ - نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٦٨ **مجموعة أحكام النقض** ج ١٩ رقم ١٥١ص ٧٥٠ .

- نقض ٣ فبراير سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٤٦ ص ٢١٢.

- نقض ٢١ إبريل سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ١١١ ص ٥٣١ .

[2] نقض ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٠ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١١ رقم ١٤٢ ص ٧٤٥ .

[3] نقض ٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٣ رقم ٥٥ ص ١٤٨.

المادة ٤٩ عقوبات أن تكون الجريمة الســابقة مماثلة للجريمة الحالية، حقيقة لوحدة العناصر القانونية المكونة لكل منهما، أو حكماً لتماثل الغرض من مفارقة كل منهما من ناحية الحصــول على مال الغير بارتكاب الغش والتدليس فى البيع والشراء وسائر المعاملات، لا بسلوك طريق الكسب الحلال، وإذن فإذا كانت عناصـر الجريمة السابقة هى عين عناصـر الجريمة الحالية، فإن المماثلة تكون موجودة، ولو كان القانون الذى عوقب المتهم بمقتضــاه فى الأولى قد ألغى وقت وقوع الثانية واستبدل به القانون آخر قرر للجريمة عقوبة أشد "[1].

وفى ذات المجال وضــعت محكمة النقض هذا المبدأ المكمل فى قولها "من تتوافر فيه شـروط العود المتكرر يعتبر عائداً وفقاً للمادة٥١ عقوبات، ولو كانت العقوبة الأخيرة المحكوم بها عليه، والتى اعتبر عائداً من أجلها ليست ضرورية فى حالة العود طبقاً للمادة ٤٩/٢ عقوبات "[2].

سادساً : الضابط الذى اجتهدت المحكمة فى صياغته من "تعليقات الحقانية" للقصد الاحتمالى :

وقد صــيغ نص المادة ٤٣ عقوبات على النحو التالى "من اشــترك فى جريمة فعلية عقوبتها، ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت. ويتطلب تطبيق هذا النص توافر شــرطين، أولهما: توافر أركان الاشــتراك، والثانى: كون الجريمة المرتكبة نتيجة محتملة لأفعال الاشتراك.

ويفسـر هذا الشـرط أن النص السـابق يطبق على الشـريك، ولا يعد المتهم شريكاً. إلا إذا توافرت أركان الاشتراك التى يتطلبها القانون، وأهم هذه الأركان أن يتجه نشـاط الشـريك إلى فعل غير مشـروع، فإذا لم يتوافر هذا الركن، فكان اتجاهه إلى فعل مشــروع، ثم ارتكبت جريمة تعد نتيجة محتملة له، فلا يســأل عنها غير من ارتكبها .

وقد قالت محكمة النقض فى ذلك " أن مســئولية الشــريك عن النتيجة المحتملة المنصــوص عليها فى المادة ٤٣ عقوبات لا تأتى إلا إذا كان الفعل الأصــلى المتفق على ارتكابه فى حد ذاته جريمة ما، فإذا اتفق زيد مع بكر على أن يسـتخرج الثانى للأول جواز سـفر بجنسـية غير جنسـيته نظير جعل معين، فعمل بكر على تحقيق هذا الأمر بطريق التزوير، ولم يثبت أن ارتكاب هذا

---

[1] نقض ٢٩ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ١٤٦ ص٢١١

[2] – نقض ٤ إبريل سنة ١٩٣٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ١٩٤ ص١٩٨.

التزوير كان من ضمن ما وقع عليه الاتفاق بين زيد وبكر صراحة أو ضمناً ، فلا يصح أن يؤاخذ على جريمة التزوير طبقاً للمادة ٤٣ عقوبات، باعتبار أن هذه الجريمة نتيجة محتملة للاتفاق الذى تم بينهما، ما دام الاتفاق الذى تم بينهما لم ينطو على جرم كانت جريمة التزوير إحدى نتائجه الاحتمالية، وما دام استخراج جواز سفر لشخص ليست له لا يستدعى الحصول عليه ضرورة ارتكاب التزوير"[1].

وقد نصت المادة ٤٣ عقوبات على هذا الشرط كما سلف البيان ، ولكنها لم تحدد معيار الاحتمال فحددته محكمة النقض بأنه "كون هذه الجريمة متوقعة وفقاً للمجرى العادى للأمور، أى أن يكون فى استطاعة الشريك ومن واجبه أن يتوقعها، ولو يكن قد توقعها فعلاً ".

وقد جعلت المحكمة أساس مسئولية الشريك عن هذه الجريمة "القصد الاحتمالى" إزائها، وقد قالت محكمة النقض إرساء لهذه المبادئ "الاتفاق على ارتكاب جريمة ما كاف وحده، بحسب المادة ٤٣ عقوبات، لتحميل كل من المتفقين نتيجة ذلك الاتفاق، ولو كانت الجريمة التى وقعت بالفعل غير تلك التى اتفق على ارتكابها، متى كانت الجريمة التى وقعت نتيجة محتملة لذلك الاتفاق الذى تم على ارتكاب الجريمة الأخرى، ذلك أن الشريك مفوض عليه قانوناً أن يتوقع كافة النتائج التى يحتمل عقلاً، وبحكم المجرى العادى للأمور أن تنتج عن الجريمة التى اتفق مع شركائه على ارتكابها ، فإذا اتفق شخص مع آخرين على سرقة منزل شخص معين، فإن القانون يفرض بحكم المادة ٤٣ عقوبات، على هذا الشخص وعلى غيره من الشركاء لأن يتوقعوا أن يستيقظ المجنى عليه عند دخولهم منزله، فيقاوم دفاعاً عن ماله ، فيحاول اللصوص إسكاته خشية الافتضاح ، فإذا عجزوا عن إسكاته خشية الافتضاح، فإذا عجزوا عن إسكاته قضوا على حياته ليأمنوا شره، تلك حلقات متسلسلة تتصل أخراها بأولها اتصال العلة بالمعلوم، فكل من كانت له يد فى أولى الحوادث، وهى حادثة السرقة، يجعله القانون مسئولاً بصفته شريكاً عن الحادثة الأخيرة، وهى حادثة القتل، باعتبارها نتيجة محتملة للأولى، وإذا لم يكن فى الاستطاعة مؤاخذة ذلك الشخص على اعتبار أنه شريك فى القتل بنية مباشرة، لعدم قيام الدليل على ذلك، فإن وجوده فى مكان السرقة كاف وحده لمؤاخذته قانوناً بقصده الاحتمالى

---

[1] - نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٥ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٣ رقم ٣٤٠ ص ٤٣٥ .

- نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٣٠ ج٢ رقم ٤٧ ص ٤٠ .

فيما يتعلق بجريمة القتل، على اعتبار أنه كان يجب عليه أن يتوقع كل ما حصل أن لم يكن توقعه فعلاً "[1].

وقد اســتقر قضـــاء محكمة النقض على أن المادة ٤٣ من قانون العقوبات، فى تقريرها المسئولية عن النتيجة المحتملة تسرى على الفاعل كما تسرى على الشـريك. وقد سـار قضـاء المحكمة العليا على تفسـير هذا النص بالقول أنه "بند ٥٦٠: من المقرر فى القانون أن الفاعل أو الشـــريك يتحمل مع فاعل الجريمة المســـئولية الجنائية عن الجريمة التى يرتكبها هذا الأخير، ولو كانت غير التى قصـــد ارتكابها وتم الاتفاق عليها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للجريمة الأخرى التى اتفق الجناة على ارتكابها فاعلين كانوا أم شـركاء. ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن من اقتصـــار المســئولية عن النتائج المحتملة على الشريك دون الفاعل لا يكون سديداً فى القانون"[2].

تغيير المحكمـة لمـذهبهـا التفســيرى أدى إلى تغيير مـدلول القصـــد الاحتمالى فى قضـاء المحكمة. إن الضـابط العملى الذى يعرف به وجود القصـد الاحتمالى أو عدم وجوده هو وضـــع الســـؤال الآتى والإجابة عليه "هل كان الجانى عند ارتكاب فعلته المقصـــودة بالذات مريداً تنفيذها، ولو تعدى فعله غرضـه الأمر الإجرامى الآخر الذى وقع فعلاً، ولم يكن مقصـوداً له فى الأصـل أم لا ؟ فإن كان الجواب بالإيجاب تحقق وجود القصـــد الاحتمالى، أما إن كان بالسـلب فهناك لا يكون فى الأمر سـوى خطأ يعاقب عليه ، أولا يعاقب بحسـب توفر شـروط جرائم الخطأ وعدم توافرها، ثم إن الإجابة على هذا السـؤال تتبنى طبعاً على أدلة الواقع من اعتراف أو بيانات أو قرائن، وعليه، فالقصد الاحتمالى لا يتحقق فى صـورة ما إذا قصـد المتهم قتل زيد فوضـع له مادة سـامة فى قطعة حلوى وأعطاها له ليأكلها، فاســتبقى زيد هذه القطعة، وجاء بكر فوجدها فأكل منها فمات، فإن المتهم فى هذه الحالة يعاقب بتهمة الشــروع فى زيد، ولا تجوز معاقبته بتهمة قتل بكر بادعاء أن القصـــد الاحتمالى قد تحقق، لأن النية الثانوية غير موجودة، بل موجودة نية متركزة منصـــبة كلها على الغرض الأصـــلى

---

[1] – نقض ٨ يناير سنة ١٩٣٤ **مجوعة القواعد القانونية** ج ٣ رقم ١٨٠ ص ٢٣٤.

– نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٤ رقم ٢٨٢ ص ٣٧٥ .

– نقض ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ٦ رقم ٤٦١ ص ١٥٦١ .

– نقض ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٧ س ٨ رقم ٢٠٤ ص ٧٦٠ .

– نقض ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٣٠١ ص ١٤٥١.

[2] – جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٧٨ **أحكام النقض** س ١٨ ق ١٦٧ ص ٨٠٩ .

– جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ق ٣٠١ ص ١٤٥١.

المقصود بالذات مقصورة عليه، وغير متجاوزة له إلى أى غرض إجرامى آخر "[1].

ولكن محكمة النقض لم تستمر على هذا التحديد لفكرة القصد الاحتمالى، فقد ذهبت بعد ذلك إلى اعتباره قائماً إذا كان فى "استطاعة المتهم توقيع النتيجة الإجرامية، وكان ذلك واجباً عليه "فقالت فى ذلك "متى ثبت أن الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة المجنى عليه، سواء أكانت ذلك بطريق مباشر أم غير مباشر، فالمتهم مسئول عن كافة النتائج التى ترتبت على ما فعلته مأخوذاً فى ذلك بالقصد الاحتمالى، إذا كان عليه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول"[2]. وقد استقرت محكمة النقض على هذا التحديد لفكرة القصد الاحتمالى[3] .

- **ملاحظة ختامية :**

١- لقد سقنا التطبيقات القضائية السابقة تبياناً لأسلوب البحث الحر الذى تمارسه محكمتنا الموقرة باقتدار كلما عن لها تكملة النقص التشريعى فى إطار نصوص القانون الجنائى. ومن الواضح أن الأمثلة المساقة من الممكن تحليلها تفسيرياً من جهة أخرى ببيان أساليب التفسير المنتمية إلى المناهج المنطقى واللغوى والتاريخى التى استعملتها المحكمة العليا فى بحثها الحر للتوصل للمبادئ الجمة التى توصلت إليها. غير أننا سبق وأن سقنا أمثلة عديدة على استعمال المحكمة الموقرة لأساليب مناهج التفسير فى الباب الثانى من هذه الدراسة، مما دعانا إلى التركيز هنا على إظهار بعداً آخر فى تحليلنا التفسيرى لأحكام محكمتنا الموقرة وهو ميلها إلى مبادئ وتعاليم المدرسة العلمية فى التفسير. وقد سبق لنا بيان مدى بروز تعاليم هذه المدرسة فى علم التفسير الشرعى وعلم أصول الفقه بصفة أعم .

وغايتى من هذه الملاحظة إثبات حقيقة مؤداها تطابق اتجاهات التفسير وأساليبه التى تلتزمه محكمة النقض مع قواعد التفسير وعلم أصول الفقه الإسلامى مما يسهل أدائها لمهمتها كلما اقتربت المنظومة القانونية للدولة من حالة التطابق الكامل مع أحكام الشريعة الغراء .

---

[1] نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٢ رقم ١٣٥ ص ١٦٨.

[2] نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ **مجموعة القواعد القانونية** ج ٤ رقم ١٨٥ ص ١٧٢.

[3] نقض فى ٥ فبراير سنة ١٩٦٨ **مجموعة أحكام محكمة النقض** س ١٩ رقم ٣٠ ص ١٧٦.

المبحث الختامى

قمت فيما سبق بعرض لصور الابتداع القضائى فى قضاء محكمة النقض الجنائى . وذلك من خلال عرض لأمثلة على تكملة المحكمة العليا للنقص فى التشريع والأداة التفسيرية التى تمكنت بها من أداء تلك المهمة. وعرضت كذلك لأمثلة من قضاء المحكمة العليا يمكن تخريجها من جهة التفسير وفق المعيار المقترح للتفرقة بين القياس المشروع والقياس الممنوع على القاضى الجنائى عند نظره فى مواد التجريم .

وخلاصة ما قد استقيناه من محددات وموجهات أرستها محكمة النقض المصرية وبانت من تتبعنا لأحكامها، وهى تقوم بالابتداع القضائى ما يلى :

أولاً : تغير الظروف السياسية والاجتماعية والثقافية للمجتمع، وما يستتبعه بالضرورة من تغير فى مفاهيم النصوص الجنائية المعمول بها . وذلك يعتبر إعمالاً دقيقاً من المحكمة العليا لمبدأ مستقر من مبادئ المنهج المنطقى فى التفسير على ما سلف بيانه .

ثانياً : إكمال المحكمة العليا لكل حالات النقص المعطل لإعمال النص وذلك من وجهة نظرى أخذاً منها بالمبدأ الأصولى المقرر فى الشريعة والقانون

على السـواء من أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وقد يكون ذلك سنداً وجيهاً لكافة الحالات التى اضطرت فيها محكمة النقض إلى تقرير رأى معين ضرورى أو وضع تعريف محدد ولازم لكى تستطيع أن تعمل مقتضى النصوص الجنائية تأسيساً على هذا الرأى أو ذلك التعريف.

وأظهر الأمثلة على ذلك ما توجب على المحكمة العليا من الأخذ بأى من النظريات الفقهية المقال بها فى تحديد الشروع، أو الجريمة المستحيلة، أو الفاعل المعنوى، أو علاقة السببية، لكى تستطيع من بعد ذلك أن تعمل النصوص الجنائية الواجبة الإعمال، والتى يتسع مدلول ألفاظها أحياناً لأكثر من رأى فقهى، أو يغيب عن مدلول ألفاظها ثمة مؤشر لمذهب المشرع فى هذه الأمور الضرورية لإعمال النصوص على التفصيل الذى أوردناه عند تحليل الأمثلة القضائية من جهة التفسير فى جنبات هذه الدراسة.

أما حالات النقص التشريعى التى تخرج عن هذا المجال فقد اكتفت محكمتنا العليا بإثبات الفراغ التشريعى ودعوة المشرع إلى تدراكه . ويدل ذلك، فيما نعتقد، على مدى حنكة وحكمة محكمتنا الموقرة التى لا تركن إلى قاعدة واحدة بالتدخل لإكمال النقص أو بالإحجام المطلق. بل هى تنظر نظرة راشدة فى عواقب تدخلها أو إحجامها عن مواجهة النقص التشريعى. فتارة تتدخل فى إطار النص والمبادئ العامة محكمة أمرها الرشيد على إقامة العدل تارة تحجم مكتفية بدعوة المشرع إلى القيام بمهمته واقفة عند تخوم هذه المهمة حين يعوزها السند القانونى فى دلوج معترك تكملة النقص التشريعى[1].

ثالثاً: العدالة كهدف أسمى دائم لوظيفة القضاء عامة، وقضاء النقض خاصة، وهو ما يلزمها أحياناً بتكميل النقص التشريعى بوضع ضوابط أو شروط لإعمال النص إعمالا يحقق المصلحة الكامنة وراء النص.

وأعنى بالمذهب التصور أو الفكرة أو مجموعة التصورات والأفكار الموجهة التى تسيطر على جهة قضائية معينة، فتعطى أحكامها اتجاهاً مميزاً أو تصبغها بلون خاص. ومذهب المحكمة العليا فى التفسير .

فلقد اتضح من مبادئ التفسير التى وضعتها المحكمة العليا والتطبيقات العديدة لهذه المبادئ فى مجال قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية، أن المحكمة العليا تعمل سلطتها فى تفسير النصوص القانونية الجنائية على

---

[1] مثال ذلك :

- الطعن رقم ١٦٨٤٢ لسنة ٦٢ ق **نقض جنائى** جلسة ١٩٩٢/٩/٦س ٤٣ ص ٢٦ .
- الطعن رقم ٢١٢٢٥ لسنة ٦٢ ق **نقض جنائى** جلسة ١٩٩٣/٢٩/٢١س ٤٤ ص ١٩ .

نحو يتسق مع ما تعتبره هدفاً نهائياً لرقابتها القضائية ألا وهو تحقيق العدالة بمفهومها المتوازن مع مفهوم الحرية فى إطارها المقبول من المجتمع فى وقت التحاكم إليها .

ولقد كان من الضرورى لاكتمال صورة نشاط التفسير كما برز فى قضاء المحكمة العليا، أن أبين أصداء تلك الفكرة الكلية الموجهة للمحكمة العليا فى كل أحكامها، وذلك من واقع قضائها هى ذاتها. وهذا ما قمت به فى الأبواب السابقة. ففى هذا الإطار تبين لنا أن محكمتنا العليا قد رسمت المفهوم المتوازن للعدالة لديها بصورة عامة تظهر لنا دوماً فى قضائها المستقر على أنه "لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على الحريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق"[1].

وفى هذا الموضع نحاول تأصيل ما استقرأناه عند تقصى هذا المبدأ العام الموجه فى جميع الأحكام المساقة فى جنبات هذه الدراسة والتى أصدرتها المحكمة العليا فى نطاق تطبيق القوانين الجنائية وتفسيرها.

وبناءً على ما تقدم فإنه من اليسير الآن، بعد رحلة علمية شاقة وشيقة، أن نرى مفهوم العدالة المتوازنة مع مفهوم الحرية المنضبطة وقد صبغا أحكام المحكمة العليا بصبغة مميزة أنتجت "طابعاً شاملاً" لأسلوب تفسير المحكمة العليا مهما اختلفت النصوص محل التفسير والتطبيق ومهما تباينت وقائع الطعون المعروضة على المحكمة العليا.

ويتحصل هذا الأسلوب التفسيرى المحكمة العليا ذو "الطابع الشامل" الناتج عن مفهوم العدالة المتوازنة مع مفهوم الحرية المتوازنة مع واقع المجتمع ومعتقداته وقيمه على النحو التالى: إن الطابع لها جميعاً هو طابع "التضييق"، فيما أطلق فيه المشرع "الألفاظ صوب الاتساع" أو فيما توجب المبادئ العامة

---

[1] الطعن رقم ١٥٠٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ س ٤٠ ص ١٢٧٤.

فى هذا المعنى :

- الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٢/١٩ س ٤٢ ص ٣٧٢.
- الطعن رقم ٨٢٨٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٣١ س ٤١ ص ٧٩٢ .
- الطعن رقم ١١٢٢٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١١ س ٤١ ص ٥١٩ .
- الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠ س ٣٩ ص ٩٣٠.
- الطعن رقم ٦٣٩١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٩ س ٣٧ ص ٤٢٨.
- الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٤/١٠/٨ س ٣٥ ص ٦٣٢.
- الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٩ س ٣١ ص ٧٣٧.

ضبطه من مدلولات فضفاضة استهدافاً لحسن سير العدالة. ونكتفى هنا بالتذكير بالإشـــارات المتعددة الدالة على هذه النتيجة، والمنبثة فى جنبات هذه الرســـالة. وغايتنا هنا أن نوصـل سـبب "تضـييق" المحكمة العليا لمدلولات النصـوص فى مسائل التجريم التى يعتدى فيها على مصالح خاصة فردية والعكس هو المشاهد والمســتقرأ فى مســائل التجريم التى يعتدى فيها على المصــالح العامة. وسـبب "تشـدد" المحكمة فى توخى حسـن سـير العدالة فى مسـائل الإجراءات الجنائية كاتجاه عام لها فى التفســير. فالســـبب فى الحالتين، من وجهة نظرى، هو ما أفصحت عنه محكمتنا الموقرة من تغييها للعدالة كهدف أسمى متوازن مع مفهوم متكامل للحريات الخاصـة والعامة كما نطق بها الدستور والقوانين ذات الصلة، وكفالة لجوء الناس لقاضيهم الطبيعى بمعناه العام .

- **دور محكمة النقض فى مجال المشروعية :**

تعمل محكمة النقض أسـاسـا على تأكيد سـيادة القانون عن طريق ضـمان حســن تطبيق المحاكم للقانون. فالمحاكم قد تختلف فيما بينها فى تطبيق القانون، مما يؤدى إلى تعدد تأويلاته واختلاف الناس فى تطبيقاته، وهذا الأمر يؤثر فى الاستقرار القانونى. ولذلك، فإن من أهم واجبات محكمة النقض كما سلف البيان هو إزالة هذا اللبس ومنع هذا الاختلاف، وتحقيق الوضـوح فى مفاهيم التشـريع مما يحقق فى النهاية وحدة القضاء ، ويؤكد احترام سيادة القانون .

على أن محكمة النقض من خلال أدائها لتلك الوظيفة تقوم بممارسـة وظيفة أخرى ذات أهمية بارزة. وهذه المهمة تكمن أساساً فى محاولة تكميل ما قد يتبين لها من أوجه النقص فى التشريع الجنائى سواء الموضوعى منه أم الإجرائى .

وتتخذ محكمة النقض فى سـبيل ذلك وسـيلتين: إحداهما تعتمد على قيامها بتضمين أحكامها التفسيرات والمبادئ القانونية التى تتواتر بها عباراتها وتتبناها فى تلك الأحكام. والثانية تكمن فى قيام المحكمة الموقرة بلفت نظر المشـرع إلى كثير من أوجه النقص أو القصـور فى التشـريع، وذلك فى الحالات التى لا تملك فيها إمكانية قانونية من وجهة نظرها لتفسير واسع أو تكميل هذا النقص بتقرير مبدأ قانونى قد ينســخ مبدأ الشــرعية فى أى من حلقتيه، وتدل الوقائع على أنه سرعان ما يحاول المشرع من جانبه سده النقص بالوسيلة التشريعية الملائمة[1].

---

١ د / عمر الدسوقى أبو الحسين فضل : **المرجع السابق** ، ص ٤٢٥ .

- **رأينا حول رؤية المحكمة العليا للنص الجنائى عند تفسيرها له (نظرة تحليلية لطريقة محكمة النقض فى التفسير) :**

- **تمهيد :**

بادئ ذى بدء ولتوضيح التحليل الذى نود إظهاره ، فإننا نسوق مجموعة أمثلة سبق ذكرها فى جنبات هذه الدراسة. ولكننى أمهد بعرضها مجتمعة هنا من زوايا متعددة لتوضيح أفكارنا الجديدة فى المسألة المطروحة.

أولاً : من المتصور اتفاق أكثر من مفسر على الأسلوب التفسيرى الذى يتم به تفسير النص واتفاقهم بالتالى فى النتيجة التفسيرية التى ينتهون إليها، رغم تباين آرائهم فى مدى انتماء هذا الأسلوب لهذا المنهج أو ذاك. فيكون الاختلاف فى المصطلح دون وجود اختلاف فى جوهر ونتيجة عملية التفسير. والمثال الأول المساق هو قاعدة الاستثناء الضمنى فبينما يتوافر على دراستها جمهور الفقهاء باعتبارها ضمن قواعد المنهج اللغوى، يراها نفر من الباحثين قاعدة من قواعد المنهج المنطقى[1]. وهذا يدل على تداخل مناهج التفسير ليس فقط فى مرحلة إعمالها على النص المراد تفسيره، ولكن فى مرحلة الدراسة لقواعد تلك المناهج وهى بالطبع تسبق مرحلة الإعمال.

والحق الذى نراه أن فى كلا الرأيين شئ من الحقيقة العلمية. فإذا ما كانت المصلحة المحمية فى النص ظاهرة من ألفاظ النص دون الحاجة للبحث عنها فى أغواره، فإن قاعدة الاستثناء الضمنى حينئذ بمضمونها المعروف ستستخدم باعتبارها من قواعد المنهج اللغوى. أما إذا كانت المصلحة المحمية من النص المراد تفسيره يحتاج الكشف عنها إلى بحث عميق مما تتكفل به قواعد المنهج المنطقى، فإن اعتبار قاعدة الاستثناء الضمنى من بين قواعده سيكون هو الأقرب إلى الصواب .

ثانياً : ومن المتصور اختلاف المفسرين فى معنى نص معين، رغم التزامهم بقواعد ذات المنهج التفسيرى المستخدم. مثال ذلك ما يراه جانب فى الفقه من أن مدلول نص المادة ٣٠٩ مكرر من قانون العقوبات لا يشمل حالة استراق السمع من غير استخدام أجهزة تصنت ويرون أن الوقوف على ظاهر النص التجريمى هو الولى. وفى سبيل ذلك يفسرون ألفاظ النص باستخدام ما تمليه قواعد المنهج اللغوى فى هذا الصدد.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أنه يجب دخول حالات استراق السمع دون استخدام أجهزة ضمن حالات التجريم. وذلك أخذاً بالمدلول اللغوى الظاهر

---

[1] راجع ما سبق حول هذه النقاط فى الباب التمهيدى من هذه الدراسة .

فى النص مع إعمال إرادة النص البادية بوضـــوح، وهى حماية حرمة الحياة الخاصـــة مما يجعل ترجيح المدلول اللغوى للألفاظ الذى يدخل هذه الحالة فى نطاق التجريم هو الصواب[1]. وقد يكون الرأى الأخير، والذى نراه جديراً بالتأييد لأسبابه، قد استعمل قاعدة الاستثناء الضمنى، دون أن يصرح حين استبعد التفسير الذى يتعارض مع إرادة النص[2].

ويلاحظ أن الفريقين قد استندا فى تفسير نص المادة ٣٠٩ مكرر عقوبات إلى قواعد المنهج اللغوى فى التفسير ومع ذلك جاءت النتيجة النهائية لعملية التفسير مغايرة تماماً.

ثالثاً : ومن المتصور كذلك فى مقابلة الفكرة السابقة اتفاق المفسرين على معنى معين رغم الطريقة والأسلوب التفسيرى المختلف الذى يستخدمه كل منهم. مثال ذلك إجماع الفقه والقضاء من حيث النتيجة النهائية لعملية التفسير، على إدراج سرقة التيار الكهربائى ضمن صور الركن المادى لجريمة السرقة. غير أنه بإمعان النظر فى الأسلوب والمنهج التفسيرى المتبع للوصول إلى هذا التوسع الذى أفضى إلى دخول صورة سرقة الكهرباء، ضمن الصور الممكنة للركن المادى لجريمة السرقة نجد تبايناً كبيراً يثرى البحث، ويؤدى إلى اتساع أفق الباحثين فى علم التفسير الجنائى بصفة خاصة.

بينما يرى جانب من الفقه المادة ٣١٨ عقوبات كان نتيجة استخدام قواعد المنهج المنطقى، وما تشمله من وسائل إظهار علة النص والمصلحة المحمية، وما تتكفل به من اختيار المدلول اللغوى المناسب لحماية هذه المصلحة. ومن ثم فإدخال الكهرباء ضمن المنقولات بمعناها الواسع التى يمكن أن تقع جريمة السرقة عند الاعتداء على ملكيتها بالاختلاس. ولا يعد هذا التفسير عند هذا الجانب من الفقه تجاوزاً لقواعد المنهج المنطقى والمنهج اللغوى، ولا يعتبر بالتالى خروجاً عن قاعدة الشرعية الجنائية بالمفهوم الشائع لدى هؤلاء الفقهاء، والذى يحظر استخدام القياس فى مواد التجريم، ولكنه لا يرى حظر التفسير الصحيح للنص لمجرد كونه واسعاً من حيث نتيجته التفسيرية[3].

بيد أن من الفقهاء، فى مقابلة الرأى السابق، من يرى أن التوسع المشار إليه فى تفسير نص المادة ٣١٨ عقوبات هو فى حقيقته قياس كامل الأركان، ويخرج

---

[1] انظر فى عرض الرأيين والأسلوب الذى اتبعه كل منهما أستاذتنا الدكتورة / فوزية عبد الستار ، **المرجع السابق** ، ص ١٥٣ .

[2] راجع ما سبق حول هذه النقطة فى الباب الثانى من هذه الدراسة .

[3] من هذا الرأى الدكتور / رفاعى سيد سعد : **المرجع السابق** ، ص ٢٠٥ .

بالتالى عن نطاق التفسير المستند إلى قواعد المنهج المنطقى واللغوى ويقتصر عليهما فحسب .

ويرى هذا الجانب من الفقهاء أن أحكام القضاء فى مصر ليست بعيدة عن فكرة القياس، فإنها تنتهى إلى تقريره بأركانه العلمية المعروفة وإن أحجمت عن تسمية ما قامت به باسمه العلمى الدقيق ألا وهو القياس[١].

وتعتبر هذه الملاحظات الثلاث السابقة من وجهة نظرى أسساً منطقية مبدئية علينا أخذها فى الاعتبار عند تحليلنا لطريقة محكمتنا العليا الموقرة فى التفسير. تلك الأسس تعصمنا من الالتفات عن الجوهر، وتدرء عنا مزالق التشبث فى الشكليات والمصطلحات والتقسيمات النظرية البعيدة عن حقيقة ما نصبو إليه من معرفة مذهب المحكمة العليا فى التفسير كما هو حقيقة.

وبناءً على ما تقدم يمكننا أن نلج فى نظرة تحليلية عميقة لاتجاهات تفسير محكمتنا العليا للنصوص الجنائية. ولقد رأينا من قبل تباين الآراء الفقهية الدائرة فى عدة مسائل أساسية فى علم التفسير مثل القياس على مواد التجريم والعقاب، ومثل سلطة القاضى الجنائى فى تكملة النقص التشريعى، ومدى السلطان الذى يتمتع به القاضى عند الابتداع القضائى فى إطار المبادئ العامة للقانون. وجامع كل هذه المسائل هو بحث الماهية القانونية لمبدأ الشرعية والآثار المترتبة عليه بحسب كل مضمون مما قيل به فى الفقه الجنائى الشرعى والوضعى قديماً وحديثاً . **ولكن المحكمة العليا ، فيما نحسب، رأت اختلاف الرؤى والآراء حول الشرعية الجنائية ومدلولاتها المتعددة، فنأت بنفسها أن تغرق فى هذه المساجلات، أو أن تلتفت عن واجبها الأوحد الأجل فى استقرار وتوحيد تفسير القانون بما يحقق العدالة المنشودة.**

والحق أن محكمة النقض المصرية، وهى التى يعنينا بحث طرق تفسيرها للنصوص الجنائية، قد جرت فى خطتها التفسيرية وبالقدر المتاح لها قانوناً على التوصل إلى معنى ثابت للعدالة الجنائية، كما تراها محققة لوظيفتها السامية. ومحكمة النقض ما كان لها أن تقف مكتوفة الأيدى، أمام نقص النصوص، عن بيان وإيضاح مقتضيات تطبيق هذه النصوص التشريعية التى شيمتها الإجمال الشديد أو النقص المعطل عن الإعمال الصحيح. ومثال الإجمال الشديد فى النصوص وتصدى المحكمة له تعريف المحكمة العليا الموقرة لمصطلح الشروع أو علاقة السببية أو غير ذلك من المصطلحات القانونية التى ترد فى التشريع بصورة مجملة. وكذلك مواجهة المحكمة العليا لما يعتبر نقص فى

---

[١] راجع عرضنا لهذه المسألة وآراء الفقهاء ورأى أستاذنا الجليل الدكتور مأمون سلامة بالتفصيل فى الباب التمهيدى من هذه الدراسة .

النصـوص يعتصـم به الإجرام المتجدد الصـور المتفنن الطرائق، فيدخل متخفياً فى عباءة النقص التشـريعى إلى قلعتها العالية الأسـوار التى تسـهر فيها حامية للعدالة. ومن ثم يعتدى على تلك العدالة ويسـتبيح ذمارها وهى مطمئنة المرتع والمقام داخل حصنها الأشم.

ولكن هيهات! فقد جاءت المحكمة العليا بكافة وسـائل التفسـير والتدليل والاستنباط المشـروعة والمتاحة وأعملتها الإعمال الصـحيح لتنتهى بها إلى ما انتهت إليه من أحكام ومبادئ، حمت بها العدالة التى أسـلمها لها المجتمع بعقد الدسـتور وما دونه من وثائق التشـريع. وقد جعلت محكمتنا العليا نصـب أعينها عدة محددات وضـوابط تحكم بها عملية التفسـير التى تقوم بها وكذا تضـبط بها عملية التفسير الذى تضطلع به المحاكم الأدنى الداخلة تحت سلطان رقابتها .

والجـدير بـالـذكر فى هـذه المثـابـة أن تلـك المبـادئ التى اسـتقرأنـاهـا واستخرجناها من طيات أحكامها، هى ذاتها المبادئ العامة القانونية التى حاولنا إلقاء الضـوء عليها واقترحنا جعلها من بين وسـائل التفسير للنصـوص الجنائية. وذلك أسوة بأخواتها من المبادئ العامة المستخدمة فى القضاء الإدارى. غير أن ذكرها هنا يختلف، إذ قد سـبق وبينا مدلولها والأسـلوب المقترح لاسـتعمالها فى إطار نظرية التفسير، وهنا نذكرها كجزء أسفرت عنه الدراسة التحليلية لأحكام محكمة النقض.

ويعد استخراجنا لهذه المبادئ العامة من قضاء محكمة النقض حجة نضيفها إلى ما سـبق من حجج سـقناها لتعضـيد فكرتنا حول جعل هذه المبادئ العامة بمثابة ضـوابط تكون نبراساً تسير عليها كافة المحاكم عند تفسيرها للنصـوص وخاصة الجنائية .

ونخلص إلى أن محكمتنا العليا قد جعلت من مبادئ الشـريعة الإسـلامية المجمع عليها لقطعية ثبوتها ودلالاتها، جعلت منها مظلة فوق القوانين ومبدأً ليس من المبادئ العامة فحسب بل يسمو عليها ويحدد مضمون تلك المبادئ العامة. ثم يبين لنا أن المبادئ العامة التى تحكم عملية تفسـير النصـوص الجنائية لدى محكمة النقض المصـرية هى ثلاثة مبادئ، وبعبارة أخرى يمكن أن نعدها من أصـول التفسـير للنص الجنائى لدى المحكمة العليا، تلك المبادئ هى :

أولاً : العدالـة بمفهومهـا المتوازن. ويندرج تحتهـا مبـادئ فرعيـة أعملتهـا المحكمة العليا كمحددات عند تفسـير النصـوص الجنائية. وهذه المبادئ الفرعية المنبثقة من مبدأ العدالة أهمها حسن سير العدالة .

ثانياً : الحرية بمفهومها المتوازن. ويندرج تحتها مبادئ فرعية أعملتها المحكمة العليا كمحددات عند تفسير النصوص الجنائية. وهذه المبادئ الفرعية المنبثقة من مبدأ العدالة من أهمها :

أ- الحرية الشخصية بكافة جوانبها وفروعها ، ويندرج تحتها عشرات المسائل الفرعية .

ب- حق الملكية بأبعاده القانونية المختلفة .

ثالثاً : أصل البراءة بمفهومه الشامل. ويندرج تحتها مبادئ فرعية أعملتها المحكمة العليا كمحددات عند تفسير النصوص الجنائية. وهذه المبادئ الفرعية المنبثقة من مبدأ البراءة هى :

أ - قاعدة القانون الأصلح للمتهم .

ب- المبدأ العام للتفسير الضيق لمواد التجريم .

جـ – المبدأ العام للتفسير الغامض من النصوص لصالح المتهم.

وقد قمنا فى هذه الرحلة العلمية الشاقة والشيقة عبر هذه الدراسة بإيضاح كل نقطة مما سلف فى موضعها المناسب. غير أن مرادى فى هذه المثابة جمع ما سبق وتأصيله ووضعه فى شكل مبادئ كلية تشكل نظرتنا الشاملة لأسلوب محكمتنا العليا فى التفسير. وسبر غور اتجاهاتها العامة فى تفسير النصوص القانونية والجنائية منها على الخصوص .

والجدير بالذكر أن نشير فى هذا الموضع إلى ما ألفيناه مضطرداً فى أحكام المحكمة العليا من أنها قد أجرت خطتها التفسيرية عند تعارض مقتضى الأخذ بمبدأين من المبادئ العامة السابق ذكرها على النحو التالى[١] :

١- **تغلب المحكمة العليا مقتضيات الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فى الجزء المجمع عليه من أحكامها على ما سواها من المبادئ العامة.** وهذا أمر لا غرابة فيه إذ أن معنى ومضمون مبدأ العدالة أو مبدأ الحرية أو مبدأ أصل البراءة إنما يتحدد فى إطاره الصحيح من خلال مبادئ الشريعة الإسلامية محل الإجماع.

---

[١] راجع ما سبق فى مطلع هذا الباب حول أوجه المفاضلة بين هذه المبادئ العامة كما بانت لى من استقرائى لأحكام محكمة النقض والتطبيقات القضائية التى أدت بنا إلى التوصل لهذه النتائج المستحدثة وغير المسبوقة فى الفقه الجنائى .

٢- **تغلب المحكمة العليا مقتضيات مبدأ العدالة بمفهومها المتوازن والمبادئ الفرعية المنتمية إليه على غيره من المبادئ العامة،** مبدأ الحرية ومبدأ أصل البراءة، **وذلك عند تفسيرها للنصوص فى المسائل الإجرائية.**

٣- **تغلب المحكمة العليا مقتضيات مبدأ الحرية والمبادئ الفرعية المنتمية إليه على غيره من المبادئ العامة،** مبدأ العدالة ومبدأ أصل البراءة ، **وذلك عند تفسيرها للنصوص فى المسائل الموضوعية[١].**

٤- ويبقى أصل البراءة ضعيفاً بصفة عامة تنحيه المحكمة العليا إذا ما تعارض مع أى من المبادئ العامة الثلاثة السابقة[٢].

ومن ثم تركت محكمتنا العليا الموقرة وضع المسميات الفقهية على أعمالها التفسيرية العظيمة واجتهاداتها الجليلة. بل وسارت خطوة أبعد، لا نوافقها عليها ، بأن رددت أقاويل جمهور الفقه، ولا أقول إجماعه، مرددة عبارات مثل أنه لا يجب تفسير النصوص الجنائية تفسيراً واسعاً أو حظر استخدام القياس بشأنها إلى آخر ما يتردد دائماً فى أحكامها .

وقد رأينا عبر جنبات هذه الدراسة أن ذلك مما تكمل به المحكمة الموقرة شكلاً لأحكامها أكثر من أن تقصد مضمونه. بل لعله نوع من التوازن أرادته المحكمة العليا بين مضمون الأحكام التى امتلأت بالأقيسة والتفسيرات الواسعة وتكملة النقص التشريعى، وبين شكل متحفظ لطريقة تفسير النصوص الجنائية أرادت أن تبثه وتشيعه ليلتزم به القضاء الأدنى الخاضع لسلطان رقابتها والتابع لمبادئ طريقتها. **فكأنها فيما نرى أرادت من المحاكم الأدنى المتبعة لها، ومن الفقه المتأثر بها، أن يأخذا عنها ويتلقيا منها تفسيراتها للنصوص الجنائية التى انتهت إليها، دون أن يأخذوا عنها ذلك التحرر المتناهى فى تقلبها فى**

---

[١] يكمل هذه النتائج ما انتهينا إليه من تكامل مبدأى الحرية والعدالة المتوازنة وعدم تعارضهما من الوجهة النهائية لعملية التفسير . غير أن التغليب الذى نتحدث عليه فى المتن هو من جهة وصف المحكمة الموقرة الظاهر فى حيثيات أحكامها لتبريرها الوجهة التفسيرية التى سلكتها . أنظر ما سبق عند الحديث عن المبادئ العامة للقانون كوسيلة من وسائل محكمة النقض فى التفسير .

[٢] التطبيقات القضائية الدالة على ما تم تأصيله وتقعيده فى المتن مبثوثة فى جنبات هذه الدراسة وخاصة فى المباحث التى تناولت فيها التحليل التفسيرى لأحكام المحكمة العليا الصادرة من الهيئة العامة ، وتلك التى تم تخريج أحكامها من جهة علم التفسير على قواعد ومناهج التفسير ، وفى كل موضع أشرت إلى جانب من تلك النتائج العامة التى جمعتها فى هذا الموضع من المتن .

طرائق تفسير النصوص الجنائية والأساليب والمناهج التفسيرية التى توصلت بها إلى تلك التفسيرات.

ومن هذه الوجهة حسناً فعلت محكمتنا العليا إذ هى كالحاكم الرشيد الذى يجمع السلطات الخطيرة فى يده، ولا ينيب عنه من دونه، رغم ثقته فيه، إلا فيما يأمن عليه عند استعماله لتلك السلطات من احتمال الزلل. وبعبارة أخرى فإن محكمتنا العليا تستعمل هذه التقريرات لتعمل بها المحاكم الأدنى فتعصم من احتمالات الخروج عن الهدف الأوجب وهو توحيد التفسير وضمان العدل.

فنحن بذلك التحليل قد أزلنا الرين ورفعنا قالة التناقض عن المنطق القضائى الذى أسست عليه المحكمة العليا كثير من أحكامها.

غير أن أهم نتائج تحليلنا لخطة المحكمة العليا فى التفسير للنصوص الجنائية هى بيان أمرين، أو اقتراحين آن للمحكمة العليا النظر فيهما ملياً بعينها الصائبة علها تستحسن الأخذ بهما :

الأمر الأول : انقضاء الداعى الزمانى الذى جعل المحكمة تردد عبارات معينة لم يعد فى ترديدها من جدوى من الوجهتين العلمية والعملية، وتفصيل ذلك، أنه من الناحية العلمية بات الفقه مسلماً بجواز بل بوجوب أن يكون تفسير النص الجنائى مقرراً، أى صحيحاً طبقاً لقواعد علم التفسير المستخدمة، دونما اهتمام بما ينتهى إليه أمر استخدام قواعد التفسير الصحيحة من توصل الفقيه أو القاضى إلى تفسير واسع أو ضيق للنص.

بل إن التقيد سلفاً بإخراج التفسير للنص الجنائى ضيقاً قد يفضى إلى استخدام خاطئ لقواعد التفسير، واستدلال فاسد على معنى النص، وكما سلف القول المهم أن يكون التفسير مقرراً للمعنى الصحيح بغض النظر عن كونه فى وصفه النهائى قد جاء واسعاً أو ضيقاً.

ومن الناحية العملية والواقعية ، فقد هجر الفقه والقضاء تماماً فكرة ضرورة الالتزام بالتفسير الضيق للنصوص الجنائية، بل إن جل اهتمام الفقيه أو القاضى الجنائى هو معرفة المعنى الحقيقى المراد من النص أياً ما كانت نتيجة بحثه التفسيرى للنص الجنائى، أى سواء جاء متصفاً فى النهاية بكونه واسعاً أو ضيقاً، والقاعدة المستقرة الآن أن غاية المفسر الوصول للتفسير المقرر للمعنى الصحيح للنص.

أردت بهذا التحليل أن أبين ما استقر فى وجدانى من قناعة أساسها العلمى متين قائم على استقراء مئات الأحكام، وتحليل عشرات منها تحليلاً علمياً دقيقاً بثثتها فى جنبات هذه الدراسة. وهذا التحليل كذلك يبرر تصرف المحكمة العليا القائم على تغييها الدائم لتحقيق العدل، ولو بالقياس على النصوص الجنائية،

وتزامن ذلك مع ترديدها المتواصل لعبارات تبدو متناقضة، أحياناً، مع تطبيقات المحكمة العليا فى أحكامها.

الأمر الثانى: بيان أهمية التفرقة بين خطأ المحاكم الأدنى فى التأويل بمعناه الضيق، والخطأ فى التاويل بمعناه الواسع. وأعنى بالنوع الأول خطأ المحكمة فى استنباط الحكم الصحيح من نص معين، أى خطأ المحكمة فى استخدام قواعد التفسير عند إنزالها على النص. وهنا يجب على محكمة النقض نقض الحكم ، وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة من جديد. وهذا هو المعنى الصحيح لعبارة "الخطأ فى التأويل" الواردة فى القانون كإحدى حالات الطعن بالنقض، وقد عبرنا عنه " بالمعنى الضيق".

واما النوع الثانى خطأ التأويل بالمعنى الواسع، والذى يعنى أنه رغم صحة استخدام المحكمة الأدنى، محكمة الموضوع، لقواعد التفسير إلا أن المحكمة العليا، ولسبب ثار لديها ترى الأخذ بمنهج مختلف فى تفسير النص الذى دار الحكم المطعون فيه عليه. وهذا هو المعنى الاعتبارى لعبارة "الخطأ فى التأويل"، وقد آثرنا أن نعبر عنه "بالمعنى الواسع"، بعدما فصلنا فى موضع سابق انتقادنا لهذه العبارة.

ومن المعلوم أن المادة ٣٠من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩المعدل بالقانون رقم ١٠٦لسنة ١٩٦٢يجعل من حالات الطعن بالنقض حالة كون الحكم المطعون فيه (مبنياً على مخالفة للقانون أو على خطا فى تطبيقه أو فى تأويله) ويستخلص جانباً من الفقه نؤيده أنه بناءً على هذا النص فإن لمحكمة النقض سلطة الرقابة القضائية على صحة إعمال المحاكم الأدنى لقواعد التفسير[١] .

وينبنى على هذا التفسير للنص المذكور اعتبار ان قواعد التفسير ضوابط تحول بين القاضى وبين الشطط فى فهم النص الجنائى وهى فى هذا الاطار تعتبر قيود ترد على إطلاق سلطة التفسير الممنوحة للقضاة بحيث يؤدى عدم الالتزام بهذه القيود إلى بطلان التفسير الذى تحلل صاحبه من سلطان هذه القواعد . وقريب من هذا ما هو مستقر فى الفقه الأمريكى من مبدأ مؤداه أن سوء استعمال سلطة التفسير من جانب القضاء تبطل الحكم[٢].

وعلى ذلك فإننا نقترح تعديلاً تشريعياً يضيف لعبارة النص حالة "الخطأ فى اختيار التفسير المناسب"، كأحد أسباب الطعن بالنقض. إلا أننا فى هذه المثابة نوجه الحديث إلى المحكمة العليا، وقدرتها على تجاوز هذا النقص

---

[١] د / محمد سليم العوا : **المرجع السابق** ، ص ١٥٤.

[٢] Bassiuoni, op.cit,p٦٣.

التشـــريعى باعتبار أن عبارة "الخطأ فى التأويل" قد تتحمل النوعين، بل هى تتحمله فعلاً وعملاً من خلال عشـرات الأحكام التى تتعرض للنقض دون تفرقة بين حالتى الخطأ فى التأويل المذكورتين.

إن التفرقة بين حق المحكمة فى توحيد التفسير والرقابة على سلامة التأويل تلك التفرقة التى تتردد فى كثير من أحكام المحكمة العليا هى ذات التفرقة المقترحة[1]. ويمكننا سوق الحجج المؤيدة لهذا المقترح من عدة وجوه :

١- بادئ ذى بدء الدقة العلمية تقتضـــى التفرقة بين الحالتين، وأعنى بها حالة الخطأ فى القانون وحالة عدم الأخذ بالوجهة التفسـيرية التى ترجح الأخذ بها المحكمة العليا.

٢-إن القول بوجود خطأ فى التأويل يختلف عن القول برغبة المحكمة فى إتباع مذهب تفسـيرى معين يختلف عن ذلك المسـتخدمة قواعده فى تفسـير النص محل أى حكم مطعون فيه.

٣- والمحكمة الموقرة قد تجد حرجاً فى تقرير العدول عن مبدأ مستقر فى قضائها إلى مبدأ آخر حين يتوجب عليها القول بأنها أخطأت فى التأويل بالنسبة للحكم الصادر منها والمراد العدول عنه. ولكن القول برغبة المحكمة فى تغيير المنهج التفسيرى المتبع وبالتالى المبدأ القانونى الناتج عن تغيير منهج التفسير المعمول به على نص ما، أمر لا حرج فيه بل وتؤدى به المحكمة العليا وظيفتها التى من مقتضياتها الحفاظ على استقرار النظام القانونى فى الدولة. وهو أمر متغير تراعى فيه الظروف الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياسية فى الدولة.

إن عدول المحكمة عن مبدأ قانونى إلى مبدأ جديد وهو ما يعنى، من جهة علم التفسـير، تغيير المحكمة للمنهج التفسـيرى الذى تعمل قواعده علمى النص الذى يحكم الواقعة المطروحة عليها، إن هذا العدول كان دائماً له ما يبرره ويجعله منطقياً بل وســديداً من المحكمة العليا بحيث لو تأخر هذا العدول عن

[1] راجع المبحث الختامى للباب الثانى حيث لاحظنا تلك التفرقة واضحة فى العديد من أحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية بالمحكمة الموقرة . من ذلك ما قررته محكمتنا العليا من أن " وظيفة محكمة النقض توحيد تفســير القوانين ... وسـلامة تطبيقها ... واسـتقرار المبادئ القانونية ..." (الطعن رقم ١١٨٢٨ لسـنة ٦٠ ق هيئة عامة جلسـة ١٩٩٧/٤/١٣) . ويبدو جلياً فى هذا الحكم تنبه المحكمة الموقرة للفارق بين توحيد التفسير وبين سـلامة التفسير . وتوحيد التفسـير يقتضـى حمل القضـاء الأدنى على التفسـير الملائم الذى تختاره المحكمة العليا من بين التفسـيرات المتعددة الصحيحة للنص .

الزمن الذى تم فيه أو تقدم، لما كان متوافقاً ومتسقاً مع الهداف العامة للنظام القانونى للدولة ووظيفة محكمة النقض بها.

وتفصيل ذلك يبدو جلياً مكن تتبع حالات العدول وردها إلى أسباب عامة على الوجه التالى :

١- عدول لتغيير الظروف السياسية والثقافية للدولة.

٢- عدول لحداثة النص وكثرة القضية المعروضة فجأة على المحكمة العليا واختلاف الدوائر فى المنهج التفسيرى المثل الذى يجب اتباعه.

٣- فصدور أحكام متضاربة فى فهم النص الواحد ومتقاربة فى تاريخ صدورها يجعل المحكمة شديدة الحساسية سريعة التحرك صوب توحيد طريقة تفسيرها للنص وكيف لا وهى منوط بها توصيف التفسير فى ربوع الدولة قاطبة .

ومن ناحية ثانية فإن تغير مفاهيم المجتمع وظروفه الاجتماعية والسياسية يجعل المحكمة عند أول صدام بين حسها المرهف المستمد من الواقع الذى تعايشه مع مجتمعها وبين المبادئ المستقرة لقديم قضائها أول من ينبرى لإصلاح هذا الخلل ليظل القضاء متمثلاً فيها مرآة صادقة للمجتمع فى بيان معانى العدالة والحق والخير.

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول بأن مراقبة المحكمة العليا للمحاكم الأدنى رغم عدم مخالفة الأخيرة لقواعد الاستنباط والتأويل مرده التشريعى اتساع مدلول عبارة "الخطأ فى التأويل". فالخطأ كما قد يكون بمخالفة قواعد التفسير قد يكون بمخالفة طبائع الأمور أو الظروف السياسية والاجتماعية للمجتمع، والتى ترى معها المحكمة العليا الأخذ بتفسير ما لنص ما وطرح تفسير آخر. وإن كان التفسير المطروح جائزاً من حيث الفن القانونى وقواعد التفسير، إلا أنها تعتبره غير ملائم. أى أن محكمة الموضوع فى هذه الحالة قد أخطأت اختيار الملائم من التفسيرات الممكنة والصحيحة للنص محل حكمها ولكن لا يصح القول بأنها أخطأت فى التفسير.

ومن ناحية أخرى، فمراقبة المحكمة العليا لهذا النوع من الخطأ فى التأويل بالمعنى الواسع مرده وظيفتها المنوطة بها قانوناً والمتمثلة فى توحيد التفسير للنصوص القانونية فى الدولة .

وخلاصة الأمر الذى نقترحه هنا أنه فى هذه الحالة الأخيرة عندما تحيل المحكمة العليا إلى محكمة الموضوع، وتنقض الحكم فإن من الدقة العلمية واستقرار البيان القانونى لدى القضاء أن توضح محكمة النقض للمحكمة

المحال إليها أن الحكم المنقوض لم يخطئ فى التفسير بالمعنى الضيق، وأن توضح فى حكمها عدم مخالفة محكمة الموضوع لقواعد التفسير، وأن تلمح إلى أن اختلاف المنهج التفسيرى الذى تراه المحكمة العليا موصلاً لتفسير معين هو من قبيل الملاءمة.

وخلاصة ما تقدم من أن الفوائد المرجوة من إعمال اقتراحنا فى حث المحكمة العليا أن تردد فى طيات أحكامها عبارات تصنعها تبين الفارق بين حالتى الخطأ فى التأويل والخطأ فى متابعة المنهج التفسيرى المختار من المحكمة العليا بالنسبة لنص معين، البيان العلمى الدقيق للفقه للقضاة المتابعين للمحكمة العليا المترسمين خطاها. ومن أهم تلك الفوائد كما سلف القول تحرر المحكمة العليا من الحرج الذى تبديه أحياناً عند العدول عن مبادئها. وهكذا يبدو لنا من هذا التحليل اقتراحان:

الاقتراح الأول : يدعو المحكمة العليا بالتوقف عن ترديد عبارات الحظر المطلق للتفسير الواسع، والقياس فى مجال التجريم.

والاقتراح الثانى : أن تردد المحكمة عبارات من شأنها التفرقة بين نوعى الخطأ فى التأويل حين تنقض الحكم لأيهما بين عبارات آن لها أن تنسخ من أحكام محكمتنا العليا، وعبارات آن لها أن تثبت فى أحكامها الغراء، دار هذا التحليل فى مجال التفسير القضائى المصرى للنص الجنائى.

الخاتمة

احتوت الرسالة فى مواطن عديدة على اجتهادات جديدة سواء فى موضوع الرسالة، أوفى منهج البحث وأسلوبه، أو فى المضمون والمحتوى. وذلك فى عدد من المسائل الحيوية فى علم التفسير وخصوصاً المتعلقة بالقانون الجنائى من جهة والمتعلقة بالتفسير القضائى من جهة ثانية.

إن الهدف الرئيسى من هذه الدراسة يعد هدفاً جديداً. ألا وهو محاولة التوصل إلى مذهب محكمة النقض المصرية فى تفسير النصوص الجنائية. ذلك أن المذهب التفسيرى لهذه المحكمة الموقرة مرآة لاتجاهات القضاء المصرى بصفة عامة فى تفسير النصوص الجنائية. إذاً فالكشف عن اتجاهات القضاء المصرى فى تفسير النصوص الجنائية هو مبدأ ما حققناه فى هذا البحث وليس منتهاه. وآمل أن أكون قد شاركت بهذه الدراسة فى إرساء جوانب نظرية عامة تحكم كيفية تفسير القضاء المصرى للنصوص الجنائية عند الإعمال. أى بعبارة أخرى وبصورة أكثر إجمالاً فقد ساهمت هذه الدراسة فى بناء نظرية عامة للتفسير القضائى الجنائى المصرى.

وقد ثبت لنا فى هذه الدراسة أن الرجوع إلى تراثنا الفقهى الأصولى يعد ضرورة حتمية فى مجال التفسير. وذلك لأن لغتنا العربية والبحث فيها معقود بناصيتها علوم الشرع الحنيف منذ الأمد البعيد. ولذلك كانت كثير من أبحاث علوم اللغة العربية مندرجة دوماً فى مؤلفات الفقه الإسلامى وأصوله ومن أهم هذه الأبحاث اللغوية الأصولية ما يتعلق بعلم التفسير. وعلم التفسير لا غنى عنه فى أى نظام قانونى، فهل هى مرجعية حتمية يفرضها المنطق والضرورة إلى هذا العلم من علوم الشريعة الغراء؟ .. وحتى ولو كنا بصدد نصوص وضعية، موافقة فى مضمونها لأحكام الشريعة الغراء أم لا زالت فى طور التعديل فى اتجاه التوافق معها.

وأمكننا فى بداية هذه الدراسة وكمقدمة فلسفية لها الاجتهاد فى تصور إجابة منطقية عن تساؤل مؤداه **ما الذى يعنى الفقه المقارن من الاهتمام بنقاط الاتفاق بين الأنظمة القانونية المختلفة؟** بالقول بأن غاية أى بحث مقارن سواء تناول نقاط الاختلاف أو الاتفاق بين مدارس الفقه المختلفة أن يثمر التزاوج المنشود بين هذه الأنظمة وذلك سعياً إلى إصلاح هذه الأنظمة ورقيها.

إن علم التفسير هو المجال الخصب الأول، وإن لم يكن الأوحد الذى يمكن أن يستفيد من القاسم المشترك المتمثل فى نقاط الاتفاق بين الأنظمة القانونية المختلفة أكثر من استفادته من نقاط الاختلاف. **وينبع هذا القاسم مما يمكن أن**

نسميه عالمية الحكمة الموهوبة إلى العالم الإنسانى الواحد، كأول دليل للعقل على وحدانية الخالق العظيم.

فإذا توصلنا إلى تبيان هذه الحقيقة بصورة علمية موضوعية فسوف نجد كثيراً من مبادئ وكليات شريعتنا الغراء بل وجزئياتها تطبق بلا حرج فى شتى أنحاء العالم المتحضر باعتبارها تراثاً مشتركاً وهبه الخالق للناس أجمعين. وحينئذ لن يحجم فقيه أياً كان مذهبه عن الإذعان لتلك الحكمة البالغة التى تسجد لها العقول، إذا ما تخلصت عقول الباحثين من رق مذهبية الفكرة أو جنسية النظرية إلى رحابة الحكمة العالمية. حينئذ لن نجد نحن العرب من باب أولى حرجاً فى أن ننهل من جديد من تراثنا المشرف الذى ورثناه وأهملناه ولن نوصم من سفهائنا (ولا تخلو أمة من السفهاء) بالعودة إلى الوراء وبالرجعية.

إن علم الأصول فى الشريعة الإسلامية فى مجمله، والتفسير بضعة منه، تنطبق عليه المقولة السابقة. وهذا ما تنبه إليه فقهاء أوربا وأمريكا فتسابقوا إلى ترجمة كتب هذا العلم وتدريسه ونظرياته صبغة غربية عساها أن تخفى عروبة منشئه وإسلامية معدنه. وعلى مر الأزمان بعدت الشقة بيننا وبين تراثنا الفقهى حتى أخذ بعض الفقهاء العرب المعاصرين من الفقه الغربى أفكاراً مأخوذة أصلا من الفقه الإسلامى، ولكن بعد صياغتها وصبغتها بالصبغة الغربية.

بيد أن نخبة من فقهاء القانون العرب انبروا لتصحيح هذا الوضع العلمى المقلوب من خلال حركة علمية واسعة لإحياء التراث الفقهى والأصولى الإسلامى، وإثبات عملية الاقتباس التى قام بها الغربيون للأفكار والنظريات الفقهية الإسلامية ، مؤكدين المقولة الشهيرة بأن بضاعتنا قد ردت إلينا.

واتباعاً لهذا المنطق ومشاركة فى إنمائه كانت محاولتى فى هذه الدراسة أن أرصد القواعد الشرعية الأصولية التى يسير عليها القضاء المصرى فى تفسيره للنصوص الجنائية سواء صرح بذلك أو دون أن يصرح بالأخذ بها فى غالب الأحيان.

وعلى ذلك فإنه من المأمول أن تساهم هذه الدراسة فى توجيه نظر القضاة والفقهاء والدارسين للقانون فى شتى الدول العربية إلى كيفية التطبيق العملى الأمثل لقواعد علم التفسير. وقد قمت بالوقوف على قدر مهم من هذه القواعد الكامنة فى أحكام المحكمة العليا وردها إلى جذورها وأصولها المنتمية إلى قواعد علم أصول الفقه، والمتعلقة بتفسير النصوص ومبادئه الضابطة لاستنباط الأحكام من النصوص المكتوبة باللغة العربية، حتى وإن كانت هذه النصوص وضعية.

ومن ثم انتهيت إلى وجوب التزام المشتغلين بالقانون على اختلاف وظائفهم وتخصصاتهم بهذه القواعد الأصولية الكلية الشرعية عند قيامهم بالتفسير

للنصوص الجنائية، ولو كانت بعض هذه النصوص غير شرعية من وجهة نظر الفقه الإسلامى.

ولذا فإن هذه **الدراسة تشارك فى حث المشتغلين بالقانون وخاصة القضاة على إعمال القواعد الفقهية الأصولية المتعلقة بالتفسير واستنباط الأحكام، وكذلك إعمال القواعد اللغوية الأصولية على النصوص الوضعية المطبقة حالياً. وذلك توطئة لتدريب الملكات القانونية للمشتغلين بالقانون على اتباع الأساليب الأصولية الشرعية فى تناول النص التشريعى تفسيراً واستنباطاً. مما يمهد للتطبيق الموضوعى للأحكام الشرعية حينما يوفق ولى الأمر إلى ذلك. كما تهدف هذه الدراسة إلى تبرئة ساحة القائمين على إقامة العدل وتدريس القانون من قالة عدم استعدادهم العلمى والعملى للتطبيق الشرعى المنشود**. ومن ناحية أخرى تعد هذه الدراسة مع أخريات سبقتها مشاركة علمية لإقامة الحجة على المعطل لإنزال حكم الشرع الحنيف بدعوى التريث لإعداد الأشخاص الذين يناط بهم تنفيذ ذلك.

ويمكن تلخيص النتائج العلمية والإسهامات الجديدة لهذه الدراسة على النحو التالى:

- **أولاً:** أوضحنا الفارق بين هذه الدراسة، من ناحية البحث العلمى، وبين الدراسات العديدة السابقة القيمة التى سبقتنا فى مجال تفسير النصوص الجنائية. وكانت تلك الدراسات تعنى أساساً ببحث طرق ومناهج التفسير ومبادئ وقواعد مدارس التفسير المختلفة وتؤدى بذلك دور النبراس والمرشد للقضاة والفقهاء عندما يقومون بالتفسير .

أما الدراسة الماثلة فحاولت فيها معرفة مدى التزام القضاء المصرى، متمثلاً فى قضاء محكمة النقض، بقواعد منهج تفسيرى بعينه أو مبادئ مدرسة معينة عند قيامه بالتفسير للنصوص الجنائية. ولم تكن المحاولة يسيرة لسببين:

١- عدم إفصاح المحكمة العليا وما دونها من المحاكم عن القاعدة التفسيرية أو المبدأ التفسيرى الذى تعمل بحكمه أو مقتضاه على نص جنائى معين حين تقرر أن ذلك النص يقرر كذا أو يعنى كذا .

٢- تعدد التفسيرات القضائية للنص الواحد وهو الذى زاد من صعوبة الوصول إلى النتيجة المبتغاة. وأبلغ صورة لذلك التعدد هى حالات العدول المتكرر للمحكمة العليا عن مبادئ قررتها من قبل، وتحتوى بالطبع على تقريرات وتفسيرات للنصوص مدار أحكامها. والتفسيرات المعدول عنها هى تلك التى تتعارض مع التفسيرات التى تراها المحكمة العليا مرجحة لرأيها الجديد. وهذه التفسيرات وتلك تكون لذات النصوص. ويتمثل هذا الوضع فيما يصدر

من أحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية أو أحكام الهيئتين المدنية والجنائية مجتمعتين.

- **ثانياً:** ثم تناولنا النطاق النوعى للأحكام القضائية المختارة ينطوى هذا الجزء على اجتهاد جديد فى هذا المضمار. وقد أوضحت فائدته الجمة ومبرراتى فى اختياره. وهذا النطاق يشمل **أحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية بصفة خاصة ثم أحكام محكمة النقض من دوائرها الجنائية المختلفة كمعضد ومكمل لأحكام الهيئة العامة.** علماً بأن لحظة عدول المحكمة العليا عن مبدأ لها أو ترجيحها اتجاه على آخر عند تعارض أحكام دوائرها الجنائية فيما بينها، وهى اللحظة الفريدة من الناحية العلمية، **تصطرع فيها لدى محكمتنا العليا وفى عميق وجدانها رغبة ملحة فى تدعيم الاستقرار القانونى. ومن ثم القضائى وإبقاء المبادئ المستقرة على ما هى عليه، ومن الجانب الآخر رغبة رشيدة دائمة دائبة فى مواصلة رسالتها فى تطوير النظام القانونى ومن ثم القضائى بصورة تتسق مع تطور المجتمع وتغير ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية.**

إن عملية التفسير القضائى التى تقوم بها المحكمة العليا عند انعقاد هيئتها العامة للدوائر الجنائية أو هيئتها الجنائية والمدنية ، لهى بحق المجال الأمثل والأرحب لتحليل الأحكام تحليلاً تفسيرياً يخبرنا وينبؤنا بما تخبئه المحكمة العليا فى طيات وجدانها حين تفصل فى الطعون المنظورة أمامها بصورة عادية دون توافر لحظة الاصطراع الحكيم التى أشرنا إليها والتى جعلناها رحى تدور حوله تحليلاتنا ومعيناً لنتائج بحثنا فى اتجاهات القضاء الجنائى فى التفسير.

أضف إلى ما تقدم أن المحكمة العليا تكون مضطرة عند الفصل فى الطعون لإظهار الحجج المنطقية واللغوية التى هى مضمون وقوام مذهبها التفسيرى والذى ترجحه وتختاره. ذلك أنها تجد نفسها فى معرض المفاضلة والترجيح بين الاتجاهات المختلفة لدوائرها فى تفسير نص معين. ويظهر ذات الأمر عند عدولها عن مبدأ مستقر فهى ما تنفك ترد بالحجج وتقنع بالبراهين، مخاطبة المحاكم الأدنى والفقه والمتقاضين، مبينة سبب عدولها أو ترجيحها لمبدأ أو تفسير معين لنص ما.

- **ثالثاً:** بعد ذلك تناولت فى هذا الباب الأحكام العامة لتفسير النصوص الجنائية. وعرضت للمبادئ العامة لعلم التفسير الشرعى والقانونى مستهلا ذلك **بإلقاء الضوء على ظاهرة علمية تميز علم تفسير النصوص القانونية عن بقية علوم القانون، ألا وهى تعدد التقسيمات والمصطلحات المستعملة فى الموضوع أو المسألة الواحدة بسبب**

تعدد الرؤى واختلاف زاوية النظر من فقيه لآخر، وقد تم تناول كل من ظاهرتى تنوع التقسيمات وتنوع المصطلحات، وتنوع المصطلحات والتقسيمات معاً.

وبدأت بعد ذلك بتعريف التفسير ومدلوله فى اللغة ومدلوله ومعناه كما يراه فقهاء القانون الوضعى بصفة عامة. فتناولناه من خلال دراسة اتجاهين: الأول وهو الذى يقصر التفسير على القاعدة التشريعية. والاتجاه الثانى الذى يجعل التفسير يشمل القاعدة القانونية بمعناها الواسع .

ثم عرضت لتعريف التفسير لدى فقهاء القانون الجنائى ، من خلال تحديد مدلول التفسير بصفة عامة وتحديد مدلول تفسير القاعدة الجنائية بصفة خاصة .

- **رابعاً :** تقدم الدراسة إضافات علمية ملموسة فى نطاق دراسات الشريعة الإسلامية عند التعرض لمدلول التفسير فى الفقه الإسلامى، وذلك من خلال النظر فى علم أصول الفقه كجامع لقواعد وضوابط التفسير وأنواع البيان وتحديد معنى الاجتهاد. وتناولت موقف الإمام الشافعى رضى الله عنه من تدوين قواعد وضوابط التفسير بعلم أصول الفقه. وأتممت بحث هذه المسألة بالإشارة إلى طرق تدوين تلك القواعد بعد الإمام الشافعى رضى الله عنه، بادئاً بطريقة المتكلمين ثم طريقة الحنفية فطريقة الجمع بين الأسلوبين، ثم ظهور فقه المصالح فى علم الأصول وآثاره فى نطاق قواعد التفسير .

وكان لا بد من التعرض عقب ذلك لأنواع البيان فبحثت فى بيان التقرير، والبيان بالمنطوق المخالف (بيان التغيير)،والبيان بالمنطوق المخالف مع التأخير (بيان التبديل) (النسخ)، وأخيراً البيان بغير المنطوق (بيان الضرورة). وهذا النوع الأخير من البيان يشتمل بدوره على أربعة أنواع هى البيان بدلالة المنطوق، والبيان بدلالة حال الساكت، ودلالة السكوت الذى جعل بياناً لضرورة دفع وقوع الناس فى الغرر، وأخيراً البيان لضرورة كثرة الكلام. وختمت الحديث فى هذه الجزئية بتوضيح ماهية بيان التفسير، موضحاً الصلة بين التفسير والبيان والاجتهاد فى الشريعة الغراء .

وبعد ذلك عرضت للنظرة الإيجابية الجديدة التى بدأت تظهر فى كتابات فقهاء القانون الغربى لقواعد علم التفسير فى الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال بيان القواعد الأصولية الشرعية كما يراها الفقه القانونى الغربى (نظرية التفسير فى الشريعة الإسلامية كما يراها فقهاء القانون الغربيين). وضربت صفحاً عن ذكر النظرة غير المنصفة التى كانت سائدة فى الفقه الغربى التقليدى والتى تكفل بالرد عليها وتفنيدها نفر غير قليل من الفقهاء العرب المعاصرين .

- **خامساً: وكان من جوانب السبق فى خدمة التطبيق القضائى لمبادئ الشريعة الإسلامية أن اجتهدنا فى تبيان مدى أخذ محكمة النقض بالمفاهيم الشرعية الأصولية لأنواع البيان ودلالاتها عند قيامها بتفسير النصوص أو الرقابة على تفسير المحاكم الأدنى لها .**

وتناولت هذا الموضوع بطريقة جديدة ، فقمت باستقراء وتتبع أحكام المحكمة العليا بالنسبة لإعمال قواعد النسخ الأصولية. أما بالنسبة لخطة محكمة النقض فى الجمع والتنسيق بين النصوص أو الترجيح بينها كحل لأوجه التعارض الظاهرى بين النصوص، فقد برعت محكمة النقض فى الجمع والتوفيق أو الترجيح بين النصوص بما يتوافق مع المقرر فى علم التفسير الشرعى فى هذا الصدد، سواء بالنسبة للقواعد الأصولية اللغوية أو المنطقية. وتتبعت بعد ذلك مدى التزام محكمة النقض بما هو مقرر عند الأصوليين من أنه يتعين صرف ألفاظ النص إلى معناها الاصطلاحى دون اللغوى. كما وجدت أن محكمة النقض قد أخذت بالمبدأ الأصولى القاضى بحمل النص الواضح على ظاهره. ومن خلال استقرائى لمذهب محكمة النقض التفسيرى بشأن تخصيص النص العام أو تقييد النص المطلق بان لى أنه قد جرت خطتها على ذات النهج الأصولى الشرعى.

أما بالنسبة للقواعد الأصولية الخاصة بالتدرج التشريعى من حيث قوة الإلزام عند التفسير والتطبيق للنصوص، فقد التزمت بها محكمة النقض وأعملت ما قرره فقهاء الشريعة الغراء بالصورة المناسبة لطبيعة النصوص الوضعية. وبحثت بعد ذلك فى مدى أخذ المحكمة العليا بمفهوم الموافقة فى بيان النصوص، ومدى الأخذ بمفهوم المخالفة فى بيان النصوص، ومدى تأثير الشروط على توافر الأحكام. وأوضحت كذلك اعتداد محكمة النقض بأحكام وقواعد البيان فى أوصاف الألفاظ، وأيضاً فى تنوع قوة الدلالات المختلفة للنص عند التفسير.

وبعد ذلك كان منطقياً أن نبحث فى مضمون عملية تفسير النصوص التشريعية بين الشريعة الغراء والقانون. وجرى الحديث عن تطبيق النص القانونى بين التفسير والاجتهاد. وتم عرض الآراء المختلفة حول ضرورة التفسير (وذلك بالنظر إلى حالة النص محل التفسير). ومن ثم عرضت لنظرية النص الواضح وموقف محكمة النقض من هذه النظرية، مزيلاً بعض الرين الذى علق بموقف المحكمة العليا فى هذا الشأن. والخلاصة التى انتهيت إليها هى أن العبارات التى تستخدمها المحكمة العليا والتى توحى باعتناقها لمبادئ نظرية النص الواضح، إنما هى فى الحقيقة اتباع ترتيب معين فى استعمال المحكمة العليا لقواعد مناهج التفسير بحسب الصياغة التشريعية للنص، وهو أمر مختلف تماماً عن مضمون نظرية النص الواضح المنتقدة من جمهور الفقه الجنائى المعاصر.

وعرضت الآراء التى قال بها الفقهاء حول مدى إمكانية التفسير عند عدم وجود النص. وأنهيت البحث فى هذا الجزء ببيان خصوصية البحث فى مسألة ضرورة التفسير عند تطبيق النص الجنائى نظراً للطبيعة الخاصة للقانون الجنائى.

وبعد ذلك رأيته من المناسب أن أوضح العلاقة والصلة بين التفسير والتطبيق ونتائج هذه الصلة. وختمت هذا الجزء بعرض لضرورة الاجتهاد ومجاله عند فقهاء الشريعة الغراء والحاجة الدائمة للاجتهاد عند تهيئة النص للتطبيق، وذلك بعدما عرضت لمدلول الاجتهاد الشرعى.

ورأيت أنه من المنطقى فى هذا الموضع من الدراسة أن أتعرض للبحث فى الخصائص العامة للتفسير القانونى. وبدأت ببيان المقصود بخصائص التفسير، وثنيت بإظهار مجال التفسير (بالنظر إلى القواعد التى تكون محلاً للتفسير). وقمت بعرض للمسائل الخاصة بتحديد مجال إعمال قواعد التفسير للنصوص الجنائية .

ثم تحدثت عن طبيعة قواعد التفسير القانونى(بالنظر إلى العلم الذى تندرج فيه).

وأضحى من المناسب فى هذا السياق الحديث عن أنواع التفسير، فبينت أن للتفسير أربعة أنواع (بالنظر إلى الجهة القائمة به) وهى: التفسير التشريعى، والتفسير الفقهى ، والتفسير الإدارى ، والتفسير القضائى. وقد تم تناول كل منها بالتفصيل من حيث التعريف أو المدلول والخصائص وطبيعة الهدف المنشود من كل نوع وصوره وأثره.

وحاولت فى هذه المثابة أن أضيف جديداً من خلال ملاحظات تحليلية قمت من خلالها ببيان العلاقة الخاصة بين الفقه والقضاء فى مجال التفسير وطبيعة العلاقة بينهما، وكذلك الصلة بين الفقه وجهات التشريع المختلفة.

وكان طبيعياً أن ننهى الحديث حول خصائص التفسير ناظرين إلى النتيجة النهائية لعملية التفسير والتى تسمى أيضاً بأوصاف التفسير. وهى ثلاثة أوصاف أساسية: التفسير الحرفى، والتفسير الضيق، وأخيراً التفسير الواسع.

كما تم استعراض هذه الأوصاف من زاوية أخرى باعتبارها آثاراً للعملية التفسيرية. وفى هذه المثابة كان من الضرورى الالتفات إلى ظاهرة منتشرة فى أبحاث الفقه والقضاء الجنائى بالذات والمتمثلة فى الاتجاهات الفقهية ذات التوجه المسبق لعملية التفسير صوب التضييق. وبينت عدم صحة هذا النظر، ورجحت فكرة التفسير المقرر كنتيجة نهائية لعملية التفسير.

وبعد الانتهاء من بحث الأحكام العامة للتفسير، جاء بحثى فى الأحكام الخاصة بتفسير النصوص الجنائية (الخصائص المميزة لتفسير النصوص الجنائية). وقد تناولنا من خلالها مبدأ الشرعية، وأهميته فى مجال تفسير النصوص الجنائية .

فقمت باستعراض مدلول مبدأ الشرعية الجنائية، وأساس المبدأ فى نطاق قانون العقوبات، ومدى الأهمية القانونية للنص على مبدأ الشرعية فى الدستور أو فى قانون العقوبات، وأخيراً عرضت لصيغة الشرعية العرفية.

وبحثت بعد ذلك آثار مبدأ الشرعية فى مجال التفسير الجنائى بين المفهوم الشكلى والمفهوم المرن (نتائج مبدأ الشرعية وآثاره فى نطاق قانون العقوبات)، من خلال دراسة انعكاسات كل من الفكر الوضعى والفكر الطبيعى على مبدأ الشرعية. وكذلك درست الفكر القانونى الحر والشرعية الشكلية الضيقة. ثم عرضت للفكر الحر اليسارى وما أدى إليه من التخفيف من الشرعية الشكلية. وأخيراً تم تناول الفكر الواقعى فى قانون العقوبات والشرعية المرنة.

وعند دراسة مبدأ الشرعية الجنائية فى إطار نظرية المشروعية فى النظام القانونى الشامل للدولة فقد تم تناول خصائص المشروعية من حيث كونها ركيزة أساسية فى النظام القانونى بأسره، وفى نظام الإثبات بصفة خاصة. **واختتمت هذا الجزء بالتأكيد على الرأى الذى أعتقده من أن مبدأ الشرعية ذو طبيعة متكاملة من بين عناصرها المرونة والقدرة على التطور من خلال الاستجابة للمتغيرات الاجتماعية والثقافية والسياسية المشروعة فى المجتمع. وأكدت على أن هذا المفهوم المتكامل لمبدأ الشرعية يوافق المفهوم المتداول فى الفقه الإسلامى للمبدأ .**

- **سادساً: ورأيت الحديث بأسلوب جديد حول أصل البراءة فى المسائل الجنائية، والنتائج المترتبة عليه فى مجال علم التفسير.** فتناولت قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم ومدى إعمالها فى تفسير النصوص الجنائية. ثم ثنيت بإبراز جانب آخر لمبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم والأثر الصحيح له، ببحث مسألة الشك فى النص واستحالة تفسيره وبخاصة الشك فى تفسير نصوص قانون العقوبات. وبينت المعنى الصحيح لمبدأ تفسير الشك فى مصلحة المتهم وإعماله فى نطاق قانون الإجراءات الجنائية. **وانتهيت إلى أن الموقع الصحيح لمبدأ تفسير الشك فى مصلحة المتهم هو النظرية العامة للإثبات الجنائى طبقا لحكم المادة٣٠٤من قانون الإجراءات الجنائية، وليس النظرية العامة للتفسير، مبيناً موقف القضاء المصرى الجنائى متمثلاً فى رأى محكمة النقض.**

وختاماً لهذا الباب فقد تم بيان الصلة بين القاعدة الجنائية وغيرها من قواعد فروع القانون الأخرى وأثر تلك الصلة فى مجال التفسير.

- **سابعاً :** ويعد الباب الأول من هذه الدراسة وهو بعنوان الأحكام الخاصة بالتفسير القضائى، اجتهاداً لنا غير مسبوق فى دراسات التفسير من حيث الشكل، وكذلك فى أجزاء كثيرة من مضمونه، إذ جعلناه وقفاً على دراسة الجوانب المتعددة للتفسير القضائى. وبدأت بمحاولة تبيان الطبيعة القانونية لوظيفة القضاء بشكل عام، وقمت بعد ذلك ببيان ماهية التفسير القضائى، والمدلول القانونى لهذا النوع من الهام من أنواع التفسير.

وأفضت بعد ذلك فى بحث جديد لم يعتن أحد من الباحثين من قبل بإفراده بجمع أو تحليل خاص، ألا وهو الخصائص المميزة للتفسير القضائى. فذكرت منها أن التفسير القضائى غاية كل أنواع التفاسير الأخرى فكأنه أضحى **"الموئل"** لها.

ثم تكلمت عن فكرة تميز التفسير القضائى أسميتها "تبعات الإحاطة والرد "، الإحاطة بالتفاسير الخاصة بالنص المطروح على القاضى. وكذلك تبعات الرد القانونى على التفاسير المناوئة للتفسير المختار فى أسباب الحكم. وبينت أن القاضى ملزم بتحمل هذه التبعات عند تضمينه لحكمه تفسيراً معيناً، أما الفقيه أو المفتى فلا يلزمه إلا عرض أدلة رأيه وما زاد على ذلك فبمحض اختياره .

وثالث الخصائص التى ألقيت عليها الضوء هى أن التفسير القضائى هو **"الوجه الحى للنصوص القانونية"** دون غيره من أنواع التفسير، فهو أكثر التفسيرات مراعاة وتأثراً بعوامل مستمدة من الواقع .

وهناك خصوصية للتفسير القضائى تنشأ من التأثيرات النابعة من شخصية القاضى المفسر وسلوكه الوظيفى. إن الخاصية التى نحن بصددها تعنى أن القاضى حين يقوم بعملية التفسير لا يستخدم فقط ملكاته وعلمه بل يتأثر تفسيره بجوانب شخصيته، وبعوامل خاصة ينفرد بها القضاة ترجع فى معظمها إلى نظرة المجتمع إلى القضاة ومدى الثقة والنفوذ والاستقلالية وغيرها من المسائل التى يحتاج بيان أثر كل منها على تفسير القاضى إلى دراسة خاصة .

وبينت أن هناك عديد من الدراسات الحديثة التى تظهر تأثير الوظيفة القضائية على من يعين فيها ، **وهو ما يعرف بالسلوك القضائى فى الوصول إلى الأحكام .**

واتضح لى أن هذه الدراسات على جانب كبير من الأهمية لأنها تعطينا السبيل للبحث عن أفضل الحلول لكى يكون الحكم القضائى متفقاً مع واقع الحياة

فى المجتمع، ومتسقاً مع معنى العدالة كما يراها . **ومن ثم دعوت إلى وجوب الاهتمام بتلك الخصائص المميزة للتفسير القضائى حتى يتكرس المعنى الحقيقى للنص وللعدالة فى ذات الآن بما يمثله القضاء من عنصر فعال فى نفاذ القواعد القانونية ، وتحديد مدى ونطاق هذا النفاذ.** وفى هذا الصدد عرضت لمدارس الواقعية القانونية الأمريكية، وكان منهجهم عاملاً مساعداً على فهم هذا السلوك ، فهم يهتمون بالسلوك الفعلى للقضاة كموظفين بشأن المنازعات التى تعرض عليهم . ولقد كان مبدؤهم هو أن القانون هو ما ينطق به القضاة، أما التشريع والسوابق القضائية وآراء الفقهاء والعرف وقواعد الأخلاق، فجميعها تبدو تأثيراتها على السلوك الحقيقى الخاص بوصول القضاء إلى أحكام . إلا أن ذلك لا يعنى أن هذه المبادئ والقواعد تكون دائماً وصفاً دقيقاً لهذا السلوك، وهناك دائماً علاقة بين المبدأ أو القاعدة القانونية، وبين السلوك القضائى الذى انتهى إلى حكم معين.

وانتهيت بناءً على ذلك إلى **أن السلوك القضائى، كما يبدو انعكاساً دقيقاً للقواعد والمبادئ القانونية، قد يأتى متأثراً بوجهات النظر الخاصة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يؤمن بها القضاة، كما أنه غالباً ما يكون للحدث تأثير فعال فى تحديد النتائج التى يتم الوصول إليها، وإن كان هذا لا يمنع من تأسيسها منطقياً حتى تبدو فى صورة لائقة من الوجهة القانونية.**

ومن ثم رجحت الرأى الذى يرى أن دراسة الأحكام القضائية يجب أن تنصب أساساً على دراسة الحس الباطنى للقضاة، ومعرفة المكونات والعوامل المؤثرة عليه ودرجة تأثير كل منها، وهذا الحس يتكون من السمات الشخصية المتعددة التى تدخل فى تكوين شخصية القاضى. فأهواؤه السياسية والنظريات الاقتصادية والاجتماعية التى يدين بها، ومفاهيمه الأخلاقية بالإضافة إلى القواعد القانونية الرسمية تساهم كلها بدرجة أو بأخرى فى تكوين النتيجة التى يرى أنها أفضل من غيرها عند الفصل فى النزاع المعروض عليه.

وقد انتقدت المدرسة الواقعية فى القانون حين أغرقت فى دراسة السلوك القضائى والعوامل المؤثرة عليه وتجاهلت عناصر أخرى لا تقل أهمية عنه عند تحليل مكونات الوظيفة القضائية. إلا أن لهذه المدرسة الفضل فى توجيه الانتباه إلى ما نحاول أن نلفت النظر إليه، ألا وهو وجوب عدم الاكتفاء بظاهر العبارات التى قد يرددها القضاء فى أحكامه بصورة نمطية عند تحليل وتقويم تلك الأحكام. وكذلك عند دراسة الاتجاهات العامة التى يسير عليها القضاء فى تفسير وتطبيق نصوص معينة أو عند تصدى القضاء، من خلال الفصل فى المنازعات المعروضة عليه، لظاهرة أو أزمة اجتماعية معينة. ذلك بأن هذه الدراسات الواقعية السلوكية والنفسية للقضاة أبانت الفارق الكبير بين ما يقوله القضاة من

آراء وأفكار قانونية عامة تخالف ما يتوصلون إليه من نتائج فى أحكامهم، والمثال الشهير على تلك الظاهرة فى قضاء المحكمة العليا يتمثل فى عبارات حظر التفسير الواسع والقياس فيما يتصل بنصوص التجريم والعقاب.

وبعد ذلك واسترسالاً فى تبيان الخصائص المميزة للتفسير القضائى، أوضحت أن التفسير القضائى يعد "مصدراً واقعياً" للقاعدة القانونية بلا مراء وبغض النظر عن نوع النظام القضائى والذى قد يجعل من تفسير القاضى أحياناً " مصدراً احتياطياً " للقاعدة القانونية. وأحياناً أخرى يوضع فى مصاف **"المصادر الرسمية الأصلية"** كما هو الحال فى النظام الأنجلوسكسونى وأخيراً فإن التفسير القضائى له إلزام ذو طبيعة خاصة.

أما موضوع التفسير القضائى بين الإلزام وعدم الإلزام ، فقد تم بيانه من خلال بحث مدى إلزام التفسير القضائى فى كل من النظام اللاتينى والنظام الأنجلوسكسونى.

- **ثامناً:** وبعد انتهائى من إلقاء الضوء على خصائص التفسير القضائى كان لزاماً على التعرض لعدة مسائل مرتبطة فيما بينها من ناحية، ومن ناحية أخرى ترتبط مجتمعة بالغاية من هذه الدراسة، مما جعلنى اجتهد فى التعرض لهذه المسائل بأسلوب جديد وتحت مسمى محدث غير مسبوق فى الفقه الجنائى .

فقمت بدراسة ما أسميتها **بأزمة العدالة الجنائية بين وجوب الفصل فى الأقضية، ومدى صلاحية النصوص الجنائية للإعمال المباشر وشبهة الأثر الرجعى للتفسير القضائى.**

وفى ذلك الإطار تم تناول التفسير القضائى، وشبهة الأثر الرجعى للقانون المتحصلة منه. وذلك من خلال استعراض حدود المشكلة فى النصوص التشريعية المكتوبة، وفى النظم القانونية الغير مدونة. وقد توصلنا إلى صحة النظر المنتهى إلى ضرورة تجاوز شبهة الأثر الرجعى التى ينتجها التفسير القضائى.

وفى ذات الإطار تم استعراض **حدود دور القاضى الخلاق عند تطبيق القانون** من خلال دراسة سلوك القاضى وأثره فى تفسير وتطبيق القانون. وبحثت فى طبيعة عمل القاضى بين تفسير النص وتكييف الواقعة، وأوردت رأياً خاصاً لى فى هاتين المسألتين. ومن ثم قمت بدراسة التفرقة القانونية بين كل من سلطة القاضى وسلطة المشرع على النص التشريعى.

- **تاسعاً :** واستكمالاً لبحث التفسير القضائى من كافة الجوانب فقد واصلنا اجتهادنا الجديد فى الموضوع، فخصصنا هذا الجزء لبيان **أوجه استعمالات التفسير القضائى لمصادر القانون "غير التشريع".**

وتلاحظ لنا أن الصلة بين مصادر القاعدة القانونية وأدوات استنباط الحكم منها أمران متلازمان ومتداخلان. وأن القاضى حين يمارس وظيفته القضائية، ومن بين مهامها التفسير، يجمع بين الأمرين. ومن ثم حاولت استقصاء أبعاد فكرتى هذه، فبدأت بالبحث فى التفسير القضائى وكيفية ومدى استعمال القاضى للعرف كمصدر للقاعدة القانونية، وحالات استعماله للعرف فى مجال التفسير. وأشرت فى النهاية إلى دور العرف فى نظر الفقه الجنائى المعاصر. موضحاً وجود اتجاهين فى هذا الصدد.

وبذات الأسلوب تناولت كيفية ومدى الاعتداد بقواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة أثناء قيام القاضى بعملية التفسير. وحاولت فى هذه المثابة إبراز فكرة جديدة مؤيدة بالمنطق وبكثير من التطبيقات القضائية، ألا وهى استعمال فكرة المبادئ العامة فى القانون فى إطار نظرية التفسير فى مجال القانون الجنائى، وبهذه الطريقة من الممكن الاعتداد ببعض قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى إطار نظرية التفسير .

- **عاشراً :** وقد أردت أن أنهى هذا الجزء الملئ بالأفكار والرؤى الجديدة فى جنبات وربوع التفسير القضائى **بما يخدم هذه الدراسة، وكذلك كافة دراسات التطبيق القضائى الجزئى، حالياً، والكامل المرتقب للشريعة الإسلامية الغراء، فقمت باستقراء الحالات المختلفة من حيث طبيعتها لمدى الاعتداد بمبادئ الشريعة الإسلامية فى أحكام القضاء المصرى متمثلا فى قضاء محكمة النقض.**

وقد كانت التطبيقات القضائية المختلفة للشريعة الإسلامية فى النظام القانونى المصرى مستقرأة فى قضاء محكمتنا العليا نبراساً أضاء لنا السبيل فى إتمام هذا الاجتهاد غير المسبوق فى البحوث القانونية المتداولة.

وانتهيت إلى أن مصطلح "الشريعة الإسلامية" يتردد فى النظام القانونى بصفة عامة، وفى أحكام محكمة النقض كمرآة لهذا النظام، يتردد بمضامين ومعان مختلفة، على النحو التالى:

أولاً: "الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية بصورة مباشرة بغض النظر عن ترتيبها بين تلك المصادر. مثلما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدنى، أو كما هو الحال بصورة أوضح فى مسائل الأحوال الشخصية.

ثانياً: "الشريعة الإسلامية" باعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية بصورة غير مباشرة. مثلما تنص عليه المادة ٦٢من القانون الجنائى التى تضفى صفة الإباحة على وقائع كانت تدخل أصلاً فى إطار التجريم، لولا الأخذ فيها بالحكم الشرعى، كتأديب الزوجة والأبناء فى حدود المفهوم الشرعى. أو كما هو الحال عند الرجوع إليها لتحديد مدلول الزوجة والزوج كمسألة فرعية يتوقف على الفصل فيها بيان أركان جريمة الزنا، ومن له حق تحريك الدعوى الجنائية عنها. وهنا انتقدت مذهب محكمة النقض فى إضفائها نوع من التعميم على مصطلح "الشريعة" الوارد بالمادة المذكورة، وكان الأحرى بها أن تجعله وقفاً على معنى ضيق هو "الشريعة الإسلامية"، لكى يظل لتلك الشريعة ذكر مخصوص فى إطار قانون العقوبات الحالى. وأضفت أن المحكمة العليا كان أمامها خيارات تفسيرية كثيرة تمكنها من التوصل للمعنى الذى تريده دون اللجوء إلى هذا التعميم للفظ "الشريعة" الوارد بتلك المادة. وهو ما أسهبت فى عرضه عند تحليلى لأحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية ، والذى من بينها الحكم محل هذا النقد ، وذلك فى الباب الثانى من هذه الدراسة.

ثالثاً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها مرجعية استئناسية تقوم بتبصرة القاضى بالحكم الشرعى قبل الفصل فى الدعوى من غير أن تكون ملزمة له قانوناً. وإن كانت ملزمة له أدبياً ولم يحدث أن خالفها القضاء، والمثال على ذلك فى القانون الجنائى المصرى وجوب أخذ رأى المفتى قبل الحكم بالإعدام.

رابعاً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها مصدراً تاريخياً لبعض النصوص القانونية. ومن ثم تعتبر الشريعة الغراء بالنسبة لتلك النصوص المعين الذى يستجلى به معنى النص والوقوف على الحكمة التشريعية من ورائه. وتعد الشريعة الغراء بالنسبة لتلك النصوص من أدوات التفسير المنتمية للمنهج التاريخى، كما ضربت الأمثلة على ذلك فى موضعه بالباب الثانى.

خامساً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها على رأس "المبادئ العامة للقانون" التى **تسمو على النصوص التشريعية**، ولا يجوز تفسير تلك النصوص إلا فى إطارها ودون الخروج عليها. وعرضت هنا لآراء الفقه العربى والغربى التى تجعل للمبادئ العامة للقانون هذه المرتبة السامية متسائلاً بعد تعداد أمثلة لتلك المبادئ التى يراها الفقهاء، أليست مبادئ الشريعة الغراء فى القدر الذى انعقد عليه الإجماع

تنطبق عليها هذه الأوصاف. ومن ثم تأتى على رأس هذه المبادئ العليا .

سادساً : "الشريعة الإسلامية" باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع بعد التعديل الدستورى **الأخير.** وبذلك أصبحت الشريعة الغراء كمظلة وضابط عام للنظام القانونى **بأسره،** وتجاوزت بذلك مدلول "الأداة التفسيرية" كمصدر تاريخى أو "المبدأ القانونى العام" الذى يسمو فوق القوانين ولا يجوز الخروج عنه، واستتب لها موقع المرجعية العامة والصدارة.

وعرضت بعد ذلك لنقطتين هامتين وثيقتا الصلة بطبيعة العلاقة بين الشريعة الإسلامية الغراء وبين النظام القانونى والقضائى المصرى، وهما على التوالى:

١- التفرقة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى، وموقف القضاء المصرى من هذه الفكرة، حيث وجدت فى أحكام المحكمة العليا ما يشير إلى الأخذ بهذه التفرقة ويرتب عليها آثاراً قانونية هامة.

٢- **اتجاهات تفسير القضاء المصرى للنص الدستورى المتضمن اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع،** حيث بان لى من استقراء القضاء الحديث اللاحق على التعديل الدستورى أن القضاء المصرى يتردد فى تفسير هذا النص بين عدة تأويلات يرتب كل منها نتائج قانونية معينة. وقد انتقدت بعض هذه التأويلات، وبينت عدم التزام القضاء بمقتضاها فى جميع الأحوال، ونسوقها إجمالاً على النحو التالى:

الاتجاه الأول: أن النص الدستورى دعوة للمشرع وليس للقضاة لتعديل ما يخالف الشريعة الإسلامية الغراء، وأنه بهذه المثابة غير قابل للإعمال بذاته مباشرة من قبل القضاء. وعلى ذلك تظل النصوص المخالفة للشريعة سارية حتى يعدلها المشرع الوضعى.

الاتجاه الثانى: أن النص الدستورى قابل للإعمال فى حال تعارض نص قانونى لاحق عليه مع أحكام الشريعة الغراء، وهو ما يستتبع اعتبار النص القانونى المخالف للشريعة والصادر لاحقاً على التعديل الدستورى ملغياً ومنسوخاً ضمنياً على اعتبار أن النص الدستورى أولى بالإعمال باعتباره على قمة الهرم التشريعى طبقاً لمقتضى مبدأ التدرج التشريعى، من حيث قوة النصوص القانونية عند تعارضها. بينما تظل القوانين السابقة على النص الدستورى سارية، ولو خالفت الشريعة الغراء حتى يتم تعديلها تشريعياً.

الاتجاه الثالث: أن النص الدستورى قابل للإعمال منذ تاريخ صدوره على كافة النصوص القانونية السابقة واللاحقة عليه، ويتعين بناءً على ذلك اعتبار كل نص قانونى مخالف للشريعة الغراء ملغياً وغير موجود، وعلى القاضى أن يمارس وظيفته على هذا الأساس، كما يتصرف فى حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة، فيصبح عمل القضاء بين الحكم بالبراءة، أو إعمال أدوات تكملة النص التشريعى من قياس أو مبادئ عامة للقانون، كل فى مجاله وطبقاً للحدود القانونية الضابطة لذلك.

والحجة على رجحان ذلك الاتجاه أن النص الدستورى يخاطب كافة سلطات الدولة التشريعية والقضائية والتنفيذية ولا يجوز لإحداها، ومن بينها السلطة القضائية، أن يتقاعس عن تنفيذه لحين تنفيذ السلطة التشريعية لواجبها الدستورى فى تعديل القوانين المخالفة للشريعة الغراء، بل على القضاء الامتثال لحكم الدستور دون انتظار أو تريث.

أولاً: محاولة الاستخدام الخاطئ لأحكام الشريعة وتصدى المحكمة الموقرة لها.

ثانياً : الدفاع عن الشريعة الغراء وإبطال نماذج التطبيق المشوهة لها ومنع إساءة استعمال مبادئها السمحاء.

ثالثاً : الذود عن الشريعة ودفع الانتقادات الباطلة عنها تمهيداً وتوطئة لتقبل كافة طوائف المجتمع، بما فيها المواطنين الأقباط، للتطبيق الكامل لأحكامها السمحاء.

- **نتائج مستخلصة مما سبق من استقراءاتنا السابقة فى قضاء المحكمة العليا حول مضمون مصطلح "الشريعة الإسلامية" فى النظام القانونى والقضائى المصرى:**

إن المحكمة العليا تصدت مبكراً للمشكلات التى تتزامن دوماً مع تطبيق الشريعة الغراء مما يعصمها من مزالق كثيرة شوهت تطبيق الشريعة فى بعض الدول الإسلامية التى لم يمتنع نظامها القضائى بالرسوخ العلمى قبل البدء فى التطبيق، وكان من جراء ذلك عدم تنبيها لمثل هذه المشكلات وحلها جذرياً بادئ ذى بدء عند تطبيق الشرع الحنيف مما وصم الشرع الحنيف بما ليس فيه من أوصاف النقص الذى كان حرياً أن ينعت به القائمين على التطبيق المبتسر، والشرع من هذه النعوت براء. وهذه المشكلات هى:

محاولة استغلال تعدد الآراء الفقهية فى المسائل التى ليست محال إجماع ولم يقم على الحكم فيها دليل قطعى الثبوت والدلالة للحيلولة دون وحدة النظام القانونى واستقرار الحلول القضائية للمسألة الواحدة وقد وأجهضت المحكمة العليا هذا الوضع المعيب بوسيلتين:

تنبهها للفرق بين الشريعة والفقه. ومن ثم تم تفريقها بين الكليات الشرعية محل الإجماع والأحكام محل الخلاف .

تنبهها للقاعدة الأصولية المجمع عليها من أن اختيار ولى الأمر المسائل الخلافية يترجم ويصبح ملزماً كما لو لم يكن فى المسألة إلى رأياً واحداً .

تصدت المحكمة العليا لمحاولات الالتفاف على مقاصد الشرع الحنيف أو التشبث بظواهر غير مقصودة للنصوص الشرعية أو التذرع بآراء مرجوحة فى الفقه لضعف أدلتها أو لعدم مناسبتها لظروف العصر ومقتضيات المصلحة الشرعية العامة.

لم تتهيب المحكمة العليا الولوج فى معترك الاجتهاد بضوابطه الشرعية فأعملت ملكاتها العلمية وشمول نظرتها العصرية مرجحة بين الآراء الفقهية المنتمية للفقه الإسلامى بضوابط الترجيح الشرعية المعتمدة من الجمهور.

وفى طور أكمل تجلى فيه إبداع المحكمة العليا اجتهدت بتقرير آراء شرعية فى مسائل لم تعرض من قبل على فقهاء الشريعة فى العصور المتقدمة. فأعظم بها من محكمة وأعظم به من قضاء.

وخلاصة ما تقدم أن علاقة المحكمة العليا بمفهوم الشرعية الغراء والذى اجتهدنا فى تفصيله على ستة جوانب كما سلف البيان، يمكننا أن نجرى له تقسيماً من زاوية أخرى إلى قسمين:

أولاً : اجتهاد المحكمة العليا فى ترجيح رأى شرعى فى المسائل التى تتعدد فيها آراء الفقهاء فى الشريعة الغراء.

ثانياً : اجتهاد المحكمة العليا اجتهاداً شرعياً مستحدثاً وغير مسبوق فى مسائل معاصرة لم يفصل فيها فقهاء الشريعة المتقدمين. ومثال هذه الحالة ما رأيناه فى أحكام المحكمة العليا عند حديثها عن طرق الطعن فى الأحكام، وما سقناه من أحكامها الخاصة بعدم ثبوت المسجدية على الأرض المغتصبة.

- **مدى وجوب فحص مبادئ محكمة النقض فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية امتثالاً للأمر الدستورى :**

- **اقتراحنا بتشكيل اللجنة العلمية لفحص مبادئ محكمة النقض الموقرة:**

لقد أصبح لزاماً على كافة مؤسسات الدولة فى مصر أن تقوم بالامتثال للأمر الدستورى بالتحاكم إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع . وترتب على ذلك وجوب قيام كل مؤسسة فى الدولة بما يحقق هذا الهدف الأسمى فى دائرة سلطانها.

ولا شك عندى فى أن المشرع الوضعى قد امتثل إلى الأمر الدستورى المذكور تبعاً لخطة قوامها التدرج والمحافظة على استقرار الأوضاع فى المجتمع. وقد يثور الخلاف حول مشروعية التدرج فى تطبيق الشريعة الغراء أو كيفيته ودرجته. إلا أن المشرع الوضعى قد سار بخطى ثابتة نحو التطبيق الكامل الصحيح للشرع الحنيف، وقد رصدنا التجربة التشريعية فى العشرين سنة المنصرمة فى هذا الصدد. ونحن نؤيد هذا التدرج الحادث ونرى أن تقديره يرجع لولاة المر كل فى مجال اختصاصه. وقد أخذ رئيس الدولة برأى المحكمة الدستورية العليا وحكمة النقض المعبران عن هذا الاتجاه. ومن ثم أمر بعدم صدور أية قوانين تخالف الشرع الحنيف مستقبلاً وقد التزم المجلس التشريعى بذلك. وقد آن أوان الخطوة الثانية فى التدرج المحمود الذى تسير عليه محكمتنا العليا ومن ورائها القضاء بأسره. وكذلك الخطوة التالية على المشرع الوضعى ومن ورائه السلطة التنفيذية. وقوام تلك الخطوة التالية كما نراها هو مراجعة كافة القوانين والمبادئ القضائية السابقة على التعديل الدستورى الذى نحن بصدد الحديث عنه. ونرى أن هذا الوقت هو أنسب الأوقات للقيام بهذه الخطوة نحو تطبيق كامل للشريعة الإسلامية وذلك لظروف عالمية وداخلية لا مجال لبسطها فى هذه الدراسة.

وحرى بالقضاء المصرى أن يواصل القيام بدوره المنوط به توطئة للتطبيق الكامل للشريعة الغراء فى أحكام القضاء المصرى. وما استقرأناه من سير حثيث من هذا القضاء الأشم صوب التطبيق الكامل للشريعة الغراء، إلا أننا نرى ضرورة مواصلة المسيرة دون انتظار لخطوات تشريعية فى هذا الاتجاه. فكثيراً من مبادئ المحكمة العليا يمكن إعادة النظر فيها لتوائم مبادئ الشريعة الغراء باستخدام حق المحكمة فى تفسير النصوص القائمة فعلاً ودون تريث لتعديلها.

وقد رأينا كيف يمد علم التفسير وقواعده القاضى بكثير من الأدوات الفعالة التى يمكن من خلالها ممارسة حق القضاء فى التنسيق بين أجزاء النظام القانونى التى يبدو بينها تعارض. وفى إطار سبق بيانه ونقترح تشكيل لجنة علمية من

رجال القضاء والفقه تحت إشراف المكتب الفنى للمحكمة العليا لتقوم بمراجعة شاملة لمبادئ المحكمة العليا من الوجهة الشرعية بسوق الدليل الشرعى على مخالفة المبدأ للشريعة إن كان، واقتراح العدول عنه لما يوافق أحد الآراء الشرعية إن كان من مسائل الخلاف أو الرأى الشرعى المجمع عليه إن كان. ومن ثم حصر الحالات المخالفة للشريعة من مبادئ المحكمة العليا والتى لا يمكن العدول عنها إلا بعد تعديل تشريعى، أى تخرج عن سلطان المحكمة العليا ويلزم للعدول عنها تعديل النص المخالف الوضعى للشريعة والذى تستند إليه تلك المبادئ. وكذلك على تلك اللجنة بيان إمكانية "تحييد النص" عن طريق "عدم تطبيقه" أو "استبعاده" وملء الفراغ فى إطار نص وضعى آخر غير مخالف. باستخدام العامل التنسيقى بين النصوص وأدوات علم التفسير مثل قاعدة الاستثناء الضمنى التى سيأتى بيانها فى الباب الثانى. وغير ذلك من أدوات وأساليب ومناهج التفسير المختلفة.

وغايتى من هذا الاقتراح أمران، **أولهما** تهيئة الفقه والقضاء المصرى ومن ثم العربى للتطبيق السليم للشريعة الغراء فى المجال القانونى بأسره. ويدخل فى هذا المعنى كذلك ما سيؤدى إليه "المراجعة الشرعية" لمبادئ المحكمة العليا ومن خلفها المحاكم الأدنى والفقه، من اعتياد القضاة وفقهاء القانون على الرجوع إلى الفقه الإسلامى واستعمال أدواته الأصولية والفقهية فى التفسير للنصوص القانونية الوضعية وبالطرق والأساليب المعاصرة فى الحياة القانونية.

والأمر الثانى والذى لا يقل أهمية عن سابقه، هو المحافظة على هذا التراث القضائى والفقهى المتراكم عبر مائة عام أو أكثر عند تطبيق الشرع الحنيف، وذلك بتطويعه ومراجعته وتطويره فى إطار الشريعة الغراء.

ويدخل فى هذا المعنى كذلك تفنيد الرأى المرجوح الذى نادى به بعض دعاة تطبيق الشريعة الغراء ومفاداة أن من لوازم تطبيق الشريعة إلغاء أو الاستغناء عن كل التراث الفقهى والقضائى المتراكم عبر السنوات الطويلة التى انحسر فيها تطبيق الشريعة واحتكم فيها إلى القوانين الوضعية. وللأسف فقد شاع هذا الفهم الخاطئ والتعميم الجائر فى أوساط الداعين إلى تطبيق الشرع فى كثير من البلدان العربية والإسلامية. وكان من جراء هذا الخطأ الفكرى المبدئى انزلاق بعض تجارب تطبيق الشريعة الغراء فى بعض البلاد إلى مهاوى الزلل العلمى والتطبيق المبتسر والمشوه لهذا الأمر العظيم. والحقيقة التى لا تخفى على رجال القضاء والفقه الإسلامى والقانون المعاصر أن معظم الثروة العلمية المتجمعة من جهد الفقه واجتهاد القضاة فى سنوات تطبيق القانون الوضعى يمكن تخريجها على مذاهب ونظريات الفقه الوضعى الإسلامى. بل إن هذه الثروة العلمية تعد، فى نظرى، الأساس المتين للتطبيق الصحيح للشريعة الغراء فى كافة فروع القانون.

وذلك بما تتضمنه من مفاهيم مناسبة للعصر واجتهادات جديدة للوقائع المحدثة والتى لم يعرض مثلها على فقهاء الشرع القدماء. وذلك التطابق المستقر بين كثير من قواعد الفقه الإسلامى ومبادئه وبين نظريات الفقه القانونى المعاصر ومبادئه إنما رجع إلى توحد جوهر "العدالة" وتقارب مدلول "المصلحة المعتبرة" بين كافة الأنظمة القانونية فى العالم الإنسانى.

وفى النهاية أوضحت أن فكرة المبادئ العامة للقانون واستعمال القاضى لها فى التفسير يمكن أن تكون ضابطاً عاماً يجمع أساليب الاستفادة من المصادر القانونية السابقة فى مجال التفسير، ممهداً بهذه الملاحظة للموضوع الذى عالجته فى الباب الأخير من هذه الدراسة.

وقد تم تناول دور محكمة النقض والمحاكم الأخرى فى التفسير من خلال استعراض الآراء الفقهية المتعددة بشأن التعريف بمحكمة النقض وبيان وظيفتها فى إطار السلطة القضائية فى كل من مصر وفرنسا. ثم قمت بإلقاء الضوء على الجوانب المختلفة لنظرية الطعن أمامها.

وأدليت برأيى، مجتهداً ومنتقداً أحياناً، لبعض آراء الفقهاء حول مهمة المحكمة العليا، ونشاط قاضى الموضوع كما تراه محكمة النقض. وفى هذه المثابة انتقدت جانب الفقه الذى يرفض الإقرار بدور للمحكمة العليا إلا مهمتها فى توحيد القضاء وأرجعت خطأ هذا الرأى إلى خلطه بين حالة تعارض المصالح الأخرى مع المصلحة الأولى بالتحقيق وهى وحدة القضاء، وبين حالة استيفاء المحكمة لهذه المهمة وقدرتها فى ذات الآن على تحقيق العدالة وتصويب أخطاء الأحكام، وهما الهدفان الآخران المترددان فى كتابات الفقهاء عند تحديد دور المحكمة العليا. وأثبت أن الواقع المستقرأ من أحكام المحكمة العليا ينبئ عن تمكنها الرشيد من تحقيق المصالح المذكورة مجتمعة فى الغالب الأعم من الطعون التى تعرض عليها. ويضاف إلى ما سبق أن تحقيق المحكمة العليا للهدف الأسمى ألا وهو وحدة القضاء. ومن ثم القانون المطبق فى ربوع الدولة، يتوافق غالباً، ولا أقول حتماً مع مقتضيات العدالة وتصويب الأحكام باعتبار أن هدف المشرع من أى قانون هو تحقيق العدالة كما يراها ويفهمها المجتمع الذى يمثله، وما القضاء إلا رافد أصيل ومرآة صادقة لمجتمعه. فالقول بوجود التعارض بصفة مبدئية وأساسية بين هدف وحدة القضاء وبين هدف إرساء العدل وتصحيح الأحكام، مثل هذا القول هو من قبيل الافتراضات النظرية البعيدة عن الواقع العملى المشهود، فضلاً عما سبق إيضاحه من مجافاة هذا القول من وجهة نظرنا للمنطق. ومن ناحية أخرى ، إذا كان من المسلم به ، لدى أصحاب المعايير التكميلية، أن الدور الأساسى لمحكمة النقض هو "وحدة القضاء"، فإن كل نشاط تمارسه محكمة النقض بناء على أى من المعيارين التكميليين هو إما حاصل بالتوافق مع الهدف

الأصلى وتبعاً له، وإما مرفوض لتعارضه مع الهدف الأصلى وأعنى به وحدة القضاء. وأما الحصول التبعى لأهداف أخرى فمتصور إذا كان فى مراعاته ما يحقق وحدة القضاء، وهذا ما لا يكون إلا إذا كان الحكم معيباً بخطأ فى القانون، وفى هذه الحالة فإن تصدى محكمة النقض لهذا الخطأ يجرى وفقاً للمفهوم الأصلى لا التكميلى.

ونضيف إلى ما سبق أن أى قضاء لابد وأن تكون غايته العدل. والإغراق فى المنطق وسوق الحجج الفلسفية التى تبعد بالقضاء عن هذا الهدف الأسمى لوظيفة القضاء أيا كانت المحكمة التى تمارسه أمر يخرج عن إرادة المشرع والمجتمع الذى يمثله. ولذلك فإن مهمة محكمة النقض، عندنا، هى إقامة الجزء المنوط بها من منظومة العدالة القضائية المتكاملة، ذلك الجزء المتمثل فى توحيد القضاء على معنى واحد لنصوص القانون الذى يتحاكم إليه كل أفراد المجتمع. ولا يتصور أن يبعد الهدف الفرعى وهو توحيد القضاء بالمحكمة العليا عن الهدف الأصلى الجامع وهو إقامة العدل بين الناس.

وعرضت بعد ذلك لأهم المبادئ العامة التى أرستها محكمة النقض لضبط الصلة بينها وبين محاكم الموضوع، كما بانت لى عند تتبعى واستقرائى لقضاء المحكمة العليا فى هذا الصدد .

- **حادى عشر:** وختمت بحثى فى دور محكمة النقض بمحاولة جديدة حول ضبط حدود رقابة المحكمة العليا على محاكم الموضوع، من خلال الحديث عن مرحلتين:

المرحلة الأولى: حدود رقابة محكمة النقض على فهم قاضى الموضوع للنزاع (تحصيل القاضى للواقعة).

المرحلة الثانية: رقابة محكمة النقض على تطبيق قاضى الموضوع للقانون على الواقعة كما استخلصها (تنزيل الحكم القانونى على الواقعة).

وبينت فى هذه المثابة عدم التزام المحكمة العليا فى التطبيق بما تردده فى طيات أحكامها من عبارات عامة قد توحى بميلها تجاه مذهب معين. وأرجعت هذه الظاهرة إلى رغبة محكمة النقض فى حمل القضاء الأدنى لها على التزام مسلك معين. ومن ثم تضع هذه التوجيهات فى طيات أحكامها مخاطبة بها القضاة دون أن تتقيد هى بها بصورة مطلقة.

وضربت مثلاً على ذلك بما درجت عليه محكمتنا العليا من ترديدها عدم تفسير النصوص التجريمية تفسيراً واسعاً وحظر القياس عليها، رغم عدم تقيدها بذلك. وكذلك ترديد المحكمة العليا لكون الأحكام المستنبطة من النصوص تبنى على العلة وليس الحكمة رغم عدم التزامها بذلك دائماً.

واستكمالاً لدراسة دور المحاكم المختلفة فى التفسير كان لزاماً إلقاء الضوء على دور المحكمة الدستورية العليا فى التفسير القضائى. فتناولت بالبحث الهدف من قيامها بهذا التفسير. ثم بحثت فى الشروط التى يجب توافرها لقيامها بهذا الدور (المجال الذى تمارس فيه المحكمة الدستورية اختصاصها بالتفسير)، وأخيراً بحثت فى طبيعة القرارات التفسيرية الصادرة عنها.

وألقيت ضوءاً خافتاً غير مسبوق على ما رصدته من حساسية تزيد وتنقص بين المحكمتين العليين سواء فى تحديد كل منهما لاختصاصاتها من الناحية العملية، وليس كما ترسمها النصوص القانونية ذات الصلة، وكذلك فى نظرة كل محكمة منهما للأخرى من حيث الدور الذى تؤديه فى الحياة القانونية.

بلوغ المحكمتين الموقرتين المرام الأرشد من هذا السجال واستقرار كل منهما على قناعة تحقق المصلحة العليا لهما :

إن محكمة النقض المصرية بتاريخها الطويل كسادنة للعدالة وموحدة لتفسير القانون وبانية للاستقرار القانونى فى المجتمع اضطرت إلى دخول هذا السجال عندما ألفت نوعاً من الوصاية فى التفسير إذا جاز التعبير، تريد أن تمارسه المحكمة الدستورية العليا على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها.

إن المحكمة الدستورية العليا ولحداثة نشأتها قد مرت بمرحلة تقعيد وتأسيس لنظرتها لذاتها ولبقية المحاكم فى مرفق القضاء. تلك المرحلة التى يمكن تشبيهها بفتوة وعنفوان الشباب إذا ما قورنت بمحكمة النقض ذات القواعد الراسخة والخبرات المتراكمة. ولذلك كان من الطبيعى أن يستقر الأمر بين المحكمتين الموقرتين بموقف ذاتى من كل منهما وذلك حسماً للقضية الضمنية الكامنة وراء الحساسية المتبادلة التى رصدناها فى الأحكام سالفة البيان ألا وهى، أى المحكمتين تعلو الأخرى فى السلم القضائى؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل بطريقة علمية فإننى استقرئ فى الفقرة التالية أحكام المحكمتين اللاتى تعبر عن هذا الطور الناضج النهائى الذى انتهت إليه المحكمتين فى المسألة المثارة، وبعد ذلك أحاول أن اجتهد برأيى فى الموضوع .

واحتراماً من محكمة النقض لاختصاص المحكمة الدستورية العليا فى التفسير فى الحالات المنصوص عليها فى القانون فقد توقفت المحكمة عن إعمال حقها الأصيل فى التفسير لحين فصل المحكمة الدستورية فى طلب تفسير معروض عليها ، فحكمت بوقف الطعن المنظور أمامها لحين الفصل فى طالب التفسير المعروض على المحكمة الدستورية العليا[١].

---

[١] الطعن رقم ٦٦ لسنة ٦١ ق **نقض دائرة رجال القضاء** جلسة ١٩٩٤/١١/٨.

ولا يخفى ما فى هذا القضاء المستنير من إظهار لحرص محكمتنا الموقرة على توحيد التفسير واستقرار الأوضاع القانونية فى الدولة. وآية ذلك تريث المحكمة ووقفها للطعن المنظور أمامها وعدم استخدامها لحقها الأصلى فى تفسير النصوص المعروضة عليها من خلال الطعن، وذلك رغبة منها فى توحيد التفسير المبدى من المحكمة الدستورية العليا مع قضائها.

وبذلك تكون محكمة النقض قد وضعت المحكمة الدستورية العليا الموضع الذى يليق بها قانوناً وأسست نظرة متكاملة دقيقة لهذه الأخيرة فى وجدان كافة المحاكم الأدنى الخاضعة لسلطان محكمة النقض.

وقد توجت محكمة النقض الموقرة هذا الاتجاه الذى أنهى الحساسية المتبادلة بين المحكمتين العليين بحكم الهيئة العامة للمواد المدنية الذى رجح اتجاه دوائر المحكمة التى امتثلت ووضعت فى اعتبارها مضمون الحكم بعدم الدستورية لنص قانونى ما على اتجاه دوائر أخرى تغافلت عن هذا الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا.

- **ثانى عشر :** وحاولت الإدلاء بدلو مستحدث فى مجال التفسير القضائى للنصوص الجنائية، فحاكيت ما هو معروف فى دراسات القانون الخاص والقانون الإدارى فاتحاً بذلك مجالاً بحثياً هاماً بصورة جديدة، **فتناولت الطبيعة القانونية لسلطة الابتداع وقيودها فى مجال القضاء الجنائى**، وقد قمت باستعراض لآراء الفقهاء فى مجال كل من القانون الخاص والقانون الإدارى والقانون الجنائى حول ضوابط فكرة "الابتداع القضائى" .

وأخيراً قمت بعرض نتائج هذا الفكر الجديد تحت مسمى "التحليل الوظيفى لدور القاضى الجنائى فى الابتداع".

موضحاً فى هذا الخصوص أن التساؤل الحاضر فى جنبات هذه الدراسة، والذى نحاول استقصاء الإجابة عليه فى ضوء الفقه الشرعى والوضعى وموقف القضاء الجنائى المصرى هو: **ما هى الحدود القانونية المتاحة للقاضى الجنائى عند النظر فى النص القانونى مدار حكمه مع تقيده التام بمبدأ الشرعية؟**

منتهياً إلى القول بأن القانون لم يأمر القضاة بتطبيق القانون فحسب، ولم يأمرهم بإقامة العدل بين الناس فحسب، ولم يأمرهم بأن يفصلوا فى الأنزعة والأقضية المعروضة عليهم، وألا ينكلو عن نظرها والفصل فيها فحسب، ولم يأمرهم أن يستقلوا لسلطانهم فى الحكم بين الناس عن بقية سلطات الدولة فحسب. بل إن الدستور والقانون قد أمرا القضاة بكل تلك الأمور مجتمعة غير

متفرقة ومتكاملة غير متعارضة ومتناسقة غير متنافرة، وهذا هو جوهر الإجابة التى يتشكل منها هذا البحث.

- **ثالث عشر** : أما **القواعد الفقهية** ذلك المعين الخصب المبثوث فى جنبات المؤلفات الفقهية والأصولية قديماً وحديثاً، فقد أردت أن أعيد عرض ما أعتقد أنه يثرى عملية التفسير، ومركزاً على ما ينفع الجانب القضائى من الدراسات الأصولية، ومجتهداً اجتهادات جديدة فى إنزال قدر من هذه القواعد منازل تصلح معه للاستخدام فى محيط علم التفسير من ناحية، وفى مجال تسبيب الأحكام الجنائية من ناحية أخرى.

وحاولت التقريب بين الفكر الشرعى والأصولى الذى تنتمى إليه هذه القواعد على اختلاف أنواعها، وبين الفكر القانونى المعاصر، والذى يستعد ويتأهل للحمل الموضوعى للأحكام الشرعية الغراء فى طياته. وليكون ذلك العرض القشيب والربط المستحدث بين القواعد الفقهية والنصوص القانونية الجنائية المعاصرة تمهيداً لحدوث التقارب المفضى إلى التمازج الحتمى عند تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء فى المجال الجنائى.

إن تكريس الأخذ بهذه القواعد الأصولية وتيسير تداولها فى الأوساط القانونية خاصة والعلمية بصفة عامة من شأنه توحيد النظر المبدئى فى النصوص المكتوبة باللغة العربية القانونية وحتى الأدبية وغيرها وهو ما يختصر كثيراً من الوقت والجهد من جهة، ويمنع ويقطع الطريق على كثير من ظواهر الشطط الفكرى والدينى المرتكز أساساً على مفاهيم مغلوطة، ومبدئيات لغوية ومنطقية لا أساس لها فى فهم النصوص الشرعية. وتلك النصوص يمثل جزء منها، جزء من النظام القانونى فى مصر والبلاد العربية. وهذا الجزء يزيد مع الأيام، كما هو معلوم لاعتبارات كثيرة ليست هذه الدراسة مجال تعدادها.

ومن ثم فقد تعرضنا لها من خلال توضيح مهمتها، وسقت لمحة تاريخية عن التطبيقات القضائية لها، واستخدامها كدليل يستنبط منه الحكم، وكذلك مدى الاعتماد عليها فى الفقه والقضاء. وتم توضيح ذلك بأمثلة تطبيقية لكيفية تخريج المسائل على القواعد الفقهية. **وعرضت بعد ذلك لقواعد فقهية يمكن الاستفادة منها فى التفسير القضائى وبخاصة الجنائى.** وكذلك سقت أمثلة للقواعد المستشهد بها فى كتب القضاء الشرعى وتاريخ القضاء وأدب القاضى، **واجتهدت فى تبيان كيفية الاستفادة منها فى القضاء الجنائى المعاصر.** إن موضوع القواعد الفقهية واستخدامها فى القضاء والفتيا فى علم أصول الفقه الإسلامى من المواضيع الرحيبة شديدة الاتساع، وقد اجتهدت جديداً فى هذا

المجال بزيادة الاهتمام بها من عدة جوانب غير التى أطنب نفر من الباحثين الجادين فى تبيانها ، وتلك الجوانب الجديدة هى:

أولاً : محاولة استخراج أمثلة للقواعد التى يمكن استخدامها فى المجال الجنائى، ومحاولة المقارنة بين مضمون تلك القواعد ومضمون النصوص الجنائية المعاصرة السارية فى القانون الجنائى المصرى بشقيه الموضوعى والإجرائى.

ثانياً : حاولت الدفع بتلك القواعد الفقهية إلى منصة القاضى الجنائى العربى ببث الروح المعاصرة فيها، ببيان كيفية إعمالها فى تفسير النصوص الجنائية من ناحية، وفى تسبيب الأحكام من ناحية أخرى. كل ذلك بما لا يخرج عن هدف هذه الدراسة.

ثالثاً : حاولت تتبع الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا، والتى رصدت فيها أخذا أو إعمالاً صريحاً أو ضمنياً للقواعد الفقهية الأصولية اللغوية منها أو المنطقية.

وخصصت أحكام الهيئة العامة للدوائر الجنائية بمزيد تحليل وتتبع فى صدد هذه القواعد الفقهية الأصولية الشرعية.

وقد بنيت فى كل ذلك، على ما سبقنى إليه أساتذة أجلاء، كان لهم فضل السبق فى بعث الروح إلى هذا العلم الخصيب وعرضه من جديد بصورة تصلح للإعمال فى القضاء والفتيا.

- **رابع عشر:** أما الباب الثانى من هذه الدراسة فقد تمت فيه دراسة مناهج التفسير القانونى لما لها من تأثيرات على التفسير القضائى الجنائى. وذلك من خلال استعراض المدلول القانونى لهذه المناهج. ثم عرضت لثلاثة أفكار فى شأن الصلة بين مناهج التفسير درج الفقه على الاكتفاء بإحداها، وقد رأيت فى الجمع بينها إثراءً وتعميقاً للفكر التفسيرى، ولم أر فيها التعارض الذى يراه بعض الفقه. وهذه الأفكار هى:

فكرة التداخل بين قواعد المناهج الثلاثة عن استخدام المفسر لها فى تفسير النصوص القانونية بصفة عامة والجنائية بصفة خاصة.

وثانى تلك الأفكار فكرة الصلة التكاملية بين القواعد المنتمية للمناهج التفسيرية الثلاث ذلك التكامل الذى يؤدى إلى تحقيق الهدف الأسمى من كافة مناهج التفسير ألا وهو معرفة المعنى الصحيح للنص.

وثالث الأفكار وأقلها اهتماما من جانب الفقه ولكنها من وجهة نظرى أكثرها أهمية للوصول إلى التفسير الصحيح للنصوص ألا وهى فكرة التتابع الصحيح فى استعمال قواعد تلك المناهج وصولاً للهدف المذكور. وحاولت إيضاح فكرتى بضرب أمثلة قضائية تبين ضرورة التتابع فى استعمال قواعد تلك المناهج . وبعد ذلك خصصت كل منهج من مناهج التفسير ببحث مستقل حاولت أن أضيف فيه ما ينفع هذه الدراسة، ويبلغ بها مرامها غير ملتزم بما درجت عليه أبحاث أخرى من تناول هذه المناهج بصورة معينة.

فقد جاء عرضى لها مناسباً لهدف الدراسة وملقياً أضواءً جديدة فى الشكل والمحتوى على أجزاء معينة أو مسائل بعينها أراها هامة، أو أرى فيها ما لم يره غيرى من الباحثين من جوانب الفائدة والنفع العلمى فى مجال الدراسة.

وبناءً على ما تقدم فقد قمت ببحثها على النحو التالى :

أولاً : المنهج اللغوى:

وقد تم تعريفه وتوضيح القواعد العامة الضابطة لعمل المفسر طبقاً لهذا المنهج . مركزاً اهتمامى على بعض منها مثل أن القاضى أو المفسر له أن يستعين بما شاء من وسائل التفسير اللغوى التى تساعده على تحديد معانى الكلمات الواردة فى النص الجنائى. كذلك فهم الكلمات فى ضوء سياق النص، حيث أن التفسير بالمعيار اللغوى يهدف إلى فهم النص ليس فى تراكيبه اللغوية فقط ولكن طبقاً للبناء المنطقى للنص. وعليه يجب ألا يقتصر الأمر على معرفة المعنى بالصورة التى كانت عليها وقت وضع النص، ولكن المعنى الخاص بتطورها باعتبار اللغة جهازاً متطوراً مستمر التطور. إذ قد يؤدى إعمال القواعد اللغوية على كامل النص إعطاء كلمة معينة معنى فنى غير معناها اللغوى، ويكون الأول (الاصطلاحى) هو الذى يجب أن يعول عليه المفسر دون المعنى اللغوى الأصلى . كذلك تفسير الكلمات ذات الدلالة العلمية بحسب معناها العلمى. ومراعاة أن الألفاظ تنطبق على ما تمثلها معانيها. وثبات معنى الكلمة الواحدة فى القانون الواحد. وأيضاً المعنى القريب الواضح هو المقدم فى فهم النصوص الجنائية. ومراعاة وحدة معانى الكلمات فى الفروع المختلفة . وقاعدة النص الغامض لا يفسر فى غير صالح المتهم. وفى النهاية تم عرض قاعدة الاستثناء الضمنى بشئ من التفصيل والاهتمام غير المسبوق فى الدراسات المماثلة. ومرد ذلك إلى ما نراه من أهميتها وكثرة استخدام محكمة النقض لها دون تصريح. كما أننا نراها حلاً مثالياً لحالات النسخ الضمنى الغير مستوفية لشروط النسخ الصحيحة فى الأصول. ومن ثم فقد اقترحنا هذه القاعدة التفسيرية كبديل لاستخدام محكمة النقض لفكرة النسخ الضمنى بنصوص سابقة لأخرى لاحقة، وهو ما لا يستقيم كما بينا تفصيلاً عند حديثنا عن التعارض وحلوله فى آخر هذا الباب.

ثانياً : المنهج المنطقى (الاهتمام بالمصلحة المحمية):

وفيه تم استعراض العلاقة بين المنهج اللغوى والمنهج المنطقى، ونتائج الصلة التكاملية بين قواعدهما. وللتفسير المنطقى أربعة مبادئ هامة خصصناها بشئ من التفصيل لأهميتها فى الواقع القضائى الجنائى المصرى. وهى: الاستهداء بحكمة النص التشريعى. وموقع النص وتحديد حكمته. والعامل التنسيقى بين النصوص فى فروع القانون المختلفة. وأخيراً تفسير النص فى ضوء الوضع السياسى والاجتماعى فى الدولة. ثم تناولنا بعد ذلك تحديد مدلول النص الجنائى بالنظر إلى الحكمة التشريعية. وكان لابد فى هذا الصدد من بيان لكل من ماهية الحكمة التشريعية، ولكيفية استنباط المصلحة المحمية.

ومن بين الاجتهادات الجديدة وغير المسبوقة لنا فى هذه الدراسة أنه تم عرض مجموعة من التطبيقات القضائية لقواعد كل من المنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير كما تبدو فى أحكام الدوائر الجنائية بمحكمة النقض. وفى هذا الصدد قمت ببحث لمدى أخذ محكمة النقض بقواعد المنهجين فى التفسير المؤدية إلى تفسير واسع للنص. وذلك عند تحديد المحكمة العليا مراد الشارع "بالقوانين المحددة الفترة"، وكذلك تحديد قصد الشارع من عبارة: "صدور القانون"، باعتباره شرطا لتطبيق القانون الأصلح للمتهم، ومراد الشارع بتعبير "عاهة العقل"، وتحديد المحكمة العليا لمدلول "الاتفاق" كوسيلة اشتراك، و"الاتفاق الجنائى" كجريمة فى ذاته، ومدلول مصطلح "الشريعة" كمصدر للحق الذى يعتبر استعماله سببا للإباحة ، وتعريفها لسبق الإصرار، واستظهارها عناصره، وعند تقريرها أن محض الامتناع لا يتحقق به الاشتراك بالمساعدة، وعند تحديدها لمعنى الغلط فى الإباحة، وكذلك عند تحديد المحكمة العليا لمدلول الجهل بالإباحة، والتعدد المادى والمعنوى للجرائم. ورصدنا توسع المحكمة العليا فى تفسير النصوص الإجرائية لما يؤدى لحسن سير العدالة من وجهة نظرها (ولو فى غير صالح المتهم)، وتوسعها فى تفسير النصوص الإجرائية لصالح المتهم أحياناً.

أما فى نطاق استعمال أدوات المنهج المنطقى، مع قواعد المنهج اللغوى بطبيعة الحال، بصورة تؤدى إلى التضييق من مدلولات النصوص الجنائية فقد أوضحت عدم التفات الفقه الجنائى إلى هذا المجال فى استعمالات المنهج المنطقى بصورة واضحة. **ثم جاء اجتهادى الجديد وغير المسبوق والذى أعتقد أن الأخذ به سينهى أحد الخلافات الدائرة بين الفقه التقليدى والحديث وأعنى به الماهية الصحيحة لفكرة القصد الخاص.** فإذا كان القضاء المصرى مازال نصيراً وفياً لفكرة القصد الخاص فإن الفقه لم يعد مجمعاً على نصرة هذه الفكرة ويزداد المناوؤون لها يوماً بعد يوم.

والذى حاولت إظهاره فى هذا الصدد هو أن حجج القائلين بضرورة توافر القصد الخاص فى الركن المعنوى لبعض الجرائم صحيحه من جهة الوسائل التفسيرية، وإن كنا نذهب إلى أن القصد الخاص من جهة الركن المعنوى فى تكوين الجريمة لا يخرج عن مضمون القصد الجنائى العام الذى يقول به الرافضين لفكرة القصد الخاص، باعتبارها تزيدا لا داعى له. ولكن التحليل الذى اجتهدنا فيه من زاوية علم التفسير، والذى لم يتفطن إليه الفقه، يبين منه أن اشتراط القضاء والفقه التقليدى توافر القصد الخاص فى بعض الجرائم، كان بغرض ضبط الصياغة الفضفاضة للنصوص المتضمنة تلك الجرائم. وقد تمثل ذلك القصد دائما فى كونه ضابطاً مستمداً من معايير وقواعد المنهج المنطقى فى التفسير. وقوام ذلك الضابط البحث عن الإرادة التشريعية متمثلة فى معرفة المصلحة المراد حمايتها من النص، وذلك للوقوف على المدلول المناسب من بين المدلولات المتعددة لألفاظ النص. وآية ذلك التحليل أن اشتراط القصد الخاص لا نجده إلا عندما تكون صياغة النص محتملة لأكثر من معنى لغوى، أو يكون مدى اللفظ أبعد من المعنى الذى يمثل مقصود المشرع والمحدد بالمصلحة المحمية من النص.

هذا من جانب مضمون القصد الخاص كوسيلة تفسيرية للحد من مدلول ألفاظ النص المتسع لمعان غير مقصودة . تلك الوسيلة التى أسعفت القضاء عند تفسيره للنصوص الجنائية سيئة الصياغة ، والتى كان من الممكن إذا ما فسرت باستخدام قواعد المنهج اللغوى فحسب أن تؤدى إلى نتائج يأباها العقل والعدالة معاً.

أما عن وضع ذلك المضمون، الضابط التفسيرى، فى إطار الركن المعنوى للجريمة تحت مسمى القصد الخاص فإن حجج القائلين بإنكاره ستكون هى الأظهر والأقرب إلى الصواب من وجهة نظرنا.

والأحرى إذا أن توضع الأمور فى نصابها العلمى الصحيح فتصبح فكرة القصد الخاص هى من قبيل الوسائل التفسيرية المنتمية إلى قواعد المنهج المنطقى فى تفسير النص الجنائى تستخدم كلما دعت ظروف النص من حيث صياغته إلى استعمالها.

هذا إن أريد الإبقاء على المصطلح كتراث مصطلحى قانونى درج فى أحكام القضاء وبحوث الفقهاء. ولعل قضاء النقض بما له من نفوذ وريادة أن يضع الأمور فى نصابها العلمى الصحيح بتسمية الشروط التى يشترطها لتوافر القصد الجنائى لبعض الجرائم مثل نية التملك ونية إزهاق الروح، يسميها باسمها العلمى الصحيح وهو ضابط مستمد من قواعد التفسير المنتمية إلى المنهج المنطقى فى

التفسير، حتى تتبعه فى ذلك المحاكم الأخرى والفقهاء كما تبعته فيما هو أشد من ذلك تعقيداً من أفكار ونظريات قضائية مستحدثه.

ولعل ثمرة ذلك الرأى الذى نقترحه بشأن تبرير اشتراط المحكمة العليا توافر القصد الخاص فى بعض الجرائم باعتباره ضابطاً تفسيرياً، تتجلى إذا ما عدلت بعض من تلك النصوص ذات الصياغة المعيبة، حينئذ سيكون من المستساغ والمنطقى أن تتحول أحكام المحكمة العليا عن ذلك الضابط التفسيرى وتكتفى بتفسير النص تفسيراً يفضى إلى توافر أركان الجريمة ومن بينها القصد الجنائى العام دون أن تجد المحكمة عناءً فى بيان سبب تركها فجأة لفكرة القصد الخاص، إذ هى مجرد وسيلة من وسائل التفسير وليست ركناً فى الأنموذج القانونى فى جريمة ما فلا يتصور زواله كركن بمجرد تعديل صياغة النص.

ثالثاً: المنهج التاريخى (البحث عن الإرادة التشريعية خارج النص التشريعى) :

وفيه تم استعراض صلة المنهج التاريخى بكل من المنهجين اللغوى والمنطقى فى التفسير. وتم تناول مضمون المنهج التاريخى ومدلوله، ووسائله المتمثلة فى المصادر التاريخية (الشريعة الإسلامية والقوانين الأجنبية)، والأعمال التحضيرية، والنسخ. مع عرض لبعض التطبيقات القضائية لقواعد المنهج التاريخى، ومدى الأخذ بقواعده فى أحكام الدوائر الجنائية بمحكمة النقض ، وبيان حدود استخدام القضاء لكل من المصادر التاريخية الوضعية ، والأعمال التحضيرية. ومدى اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لنصوص التشريع.

- **خامس عشر:** أما مدارس التفسير ومذاهبه ومدى تأثيراتها على التفسير القضائى الجنائى فقد تناولناها من خلال عرض مدارس التفسير بين المذهبين الشخصى والموضوعى. وبحثت فى مدى بروز أفكار المذهبين الشخصى والموضوعى فى الفقه الأصولى الإسلامى. وفى دراستى لمدرسة الشرح على المتون (تقديس النص) قمت ببيان الأسس التى تقوم عليها هذه المدرسة وطريقتها فى التفسير. وقمت باستعراض لموقف القضاء الأمريكى الحديث من مدارس التفسير (مدرسة التزام النص فى ثوبها الجديد)، وذلك بعرض الاتجاهات الحديثة للفقه والقضاء الأمريكى من خلال مناظرات ومساجلات فقهية بين قضاة المحكمة العليا الأميركية وبعض الفقهاء المعاصرين. والذى يكشف عن ميلاد طور جديد من أطوار المدرسة يحاول أنصاره سد الثغرات وتلافى العيوب التى وجهت للمدرسة فى طوريها السابقين. وعلى ذلك أمكننى القول بنشوء طور جديد يأخذ بعض ما نادى به جينى وأنصار

المدرسة العلمية. وقد تم تقدير أسلوب مدرسة الشرح على المتون. وختمت هذا الجزء ببيان مدى بروز اتجاه الالتزام بالنص فى الفقه الإسلامى فى كل من مدرسة الحديث ومدرسة الرأى.

أما **المدرسة الثانية، وهى المدرسة التاريخية أو الاجتماعية**، فقد تم تناول الأسس التى تقوم عليها هذه المدرسة، وعلاقتها بالمدرسة الوضعية فى إيطاليا وسبب تسميتها بالتاريخية. ومن ثم بيان أسلوبها فى التفسير وتقدير هذا الأسلوب. وأنهيت الموضوع ببيان مدى بروز عناصر المدرسة التاريخية فى الفقه الإسلامى.

والمدرسة الثالثة وهى المدرسة العلمية فقد تعرضت لها بالبحث من خلال عرضى لنظرة جينى إلى أصل القانون. وعرضت لأفكاره حول الحقائق الواقعية أو الطبيعية.. والحقائق التاريخية.. والحقائق العقلية.. والحقائق المثالية. وعرضت لأسلوب هذه المدرسة فى التفسير وتقدير الفقهاء لهذا الأسلوب مع توضيح لأهم الانتقادات الموجهة إليها.

وتم بيان مدى التقارب بين تعاليم المدرسة العلمية وقواعد التفسير فى الفقه الإسلامى، (ومدى بروز عناصر مذهب البحث العلمى الحر فى الفقه الإسلامى).

- **سادس عشر:** وتناولنا بعد ذلك فكرة التعارض وحلولها بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية وتطبيقات القضاء المصرى عليها فى ضوء المبادئ المستقاة من مدارس التفسير ومذاهبه من حيث الجمع والتوفيق بين النصوص لحل التعارض. أو الترجيح بين النصوص عند نشوب التعارض بينها. وأخيراً فكرتى النسخ والانعدام كحل نهائى للتعارض المستعصى على الجمع أو الترجيح .

وفى هذا الصدد بحثت الوسائل الأصولية اللغوية والمنطقية لإنفاذ الترجيح بين النصوص. وهى تشمل ترجيح النص على الظاهر، وترجيح المفسر على النص، وترجيح المحكم على ما سواه من ظاهر أو نص مفسر، وترجيح الحكم الثابت بعبارة النص على الحكم الثابت بإشارته، وترجيح الثابت بإشارة النص على الثابت بدلالته، وترجيح دلالة المنطوق على المفهوم، وترجيح المصالح الضرورية على المسائل الحاجية، والمصالح الحاجية على التحسينية عند التعارض.

وبعد ذلك بحثت فى النسخ كحل نهائى فى حالات التعارض المستعصى على الجمع أو الترجيح،مع عرض لرأينا فى مدى مشروعية التفسير القضائى المستند إلى إعمال النسخ كوسيلة تفسير.

وتم عرض التطبيقات القضائية لأحوال التعارض الظاهرى وإزالته بالجمع أو الترجيح، ومدى تطبيق القضاء المصرى لطرق الجمع والتوفيق الأصولية الشرعية بين النصوص الوضعية، واستعراض حدود استعمال القضاء المصرى للعامل التنسيقى بين النصوص، وأهم الضوابط فى استخدام المحكمة العليا للعامل التنسيقى أو الترجيحى بين النصوص القانونية. والصور المتنوعة لاستعمال العامل التنسيقى بين النصوص باستخدام وسائل التفسير سالفة البيان بما يؤدى إلى التضييق من مدلول النص الجنائى، واستعماله تارة أخرى بما يؤدى إلى التضييق من مدلول نص والتوسع فى مدلول نص جنائى آخر.

ورأيت أن أجمع شعث حلول التعارض بين النصوص فى موضوع واحد رغم انتمائها لأكثر من منهج تفسيرى، وكان الجديد فى هذا الجزء بعد عرضى لمبادئ وقواعد التعارض فى الفقه الأصولى الشرعى والقانونى هو محاولة تتبع أحكام محكمة النقض المستخدمة لكل طريقة من طرق حل التعارض الثلاث بغية الوصول إلى اتجاه المحكمة العليا التفسيرى الذى تقرر به تعديل الاتجاه من طريقة لأخرى .

وحاولت من جهة ثانية معرفة طريقة استخدام المحكمة العليا لفكرة الجمع والتوفيق المعروفة فى الفقه الأصولى الشرعى، والمعروفة فى الفقه القانونى بالعامل التنسيقى بين النصوص. وتوصلت إلى نتائج جمة يحتاج الإلمام بها إلى أبحاث متخصصة فى هذه الجزئية بالذات، وقد كفانى ما توصلت إليه مؤونة التوغل فى هذه المسألة بعدما بلغت غايتى المنشودة المناسبة لهذه الدراسة. فتوصلت إلى الاتجاهات العامة التى تستخدم فيها المحكمة العليا هذا العامل التنسيقى بين النصوص عند التفسير فهى:

أولاً : تبدأ به كأول أسلوب تفسيرى تستخدمه عندما يلوح لها التعارض بين النصوص المعروضة عليها.

ثانياً : إن المحكمة العليا تتقيد باستخدام العامل التنسيقى للجمع والتوفيق دون أن تنظر إلى ما يؤدى إليه استخدامه من التضييق أو التوسيع من مدلول النص الجنائى مدار تفسيرها. إذ هى تترسم بلوغ هدفها الأسمى ألا وهو العدل. ويرتسم لديها النظام القانونى كلاً واحداً متناسق الأجزاء متسق الجنبات غايته العدل.

ثالثاً : تستخدم المحكمة العليا قواعد المنهجين اللغوى والمنطقى بحرية تامة فى تفسير النصوص التى ظاهرها التعارض. وعلى ذلك فلعلها تعمل قواعد المنهج اللغوى على نص من تلك النصوص، بينما تتشبث بقواعد المنهج المنطقى فى التفسير على النص المقابل. ولعلها تأتى بقواعد المنهج

التاريخى تستعين بها فى تفسير نص ثالث ، لتنتهى من كل هذا إلى عدم وجود تعارض حقيقى. ويؤدى بها التنسيق بين النصوص على هذا النهج إلى بيان معنى النص الجنائى المراد تفسيره هو على النحو الذى تنتهى إليه. وقد ضربت الأمثلة الدالة على ذلك من قضاء المحكمة العليا. كما تتبعت استعمالها للعامل التنسيقى بين النصوص فى أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية ، فألفيتها تفضى إلى النتائج السابقة .

وما فعلته فى بحث طريقة الجمع والتوفيق أو ما يعرف بالعامل التنسيقى بين النصوص، فعلت مثيله فى بحث الطريقة الثانية من طرق حل التعارض ألا وهى الترجيح.

ثم أتبعت ذلك ببحث جديد فى فكرة النسخ الضمنى، ومدى موافقة استخدام محكمة النقض لها مع قواعد النسخ الأصولية الشرعية والقانونية.

وتم عرض التطبيقات القضائية لأحوال التعارض الحقيقى (المستعصى على الجمع أو الترجيح). ومن ثم بحثت فى حدود استخدام القضاء لفكرة النسخ الضمنى فى التفسير كحل نهائى حتمى عند التعارض الحقيقى. ثم أوضحت الضوابط العامة لاستخدام محكمة النقض للنسخ الضمنى كأسلوب لإنهاء التعارض الحقيقى بين النصوص. وأثبت بعد ذلك ملاحظاتنا على الضوابط التفسيرية لاستعمال النسخ المستقرأة فى قضاء محكمة النقض. وختمت هذا الجزء بعرض لبعض الأمثلة القضائية على استعمال القضاء لفكرة النسخ الضمنى كوسيلة تفسير لإزالة التعارض بين النصوص.

ومن ثم عرضت لإزالة التعارض بين نص قانونى ونص دستورى، وإزالة التعارض بين نصين قانونيين، وأخيراً استخدام النسخ كأداة عند تفسير النصوص الجنائية الصادرة من المشرع العادى. وتناول المثال القضائى الأول النسخ الجزئى أى نسخ جزء من النص وإعمال جزء، أما المثال الثانى فيشير إلى أن التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمناً التشريع الخاص السابق، بل يظل التشريع الخاص قائماً.

وهناك حالات أخرى متميزة لم يسبقنا أحد من الباحثين فى رصدها فى استعمال المحكمة العليا لفكرة النسخ، منها إرجاء إنفاذ النسخ الصريح. ومنها ترديد النص فى قانون ولائحته مما يجعل نص اللائحة منسوخاً ولا أثر له. بالإضافة إلى حالة عدم إعمال مقتضى النص دون التصريح بالنسخ.

وقمت بمحاولة جديدة لتقييم استعمال القضاء المصرى لفكرة النسخ الضمنى ، وكذلك فكرة الانعدام كحل للتعارض بين النصوص، وميزت بين الانعدام والنسخ من حيث أوجه الشبه والاختلاف فى اجتهاد غير مسبوق، واستخدام

الانعدام كجزاء إجرائى. وفى النهاية ضربت بعض أمثلة لقضاء المحكمة العليا بالانعدام لنصوص تشريعية. وختمت بعرض لرأينا فى وضع الحدود الصحيحة لصلاحية فكرتى النسخ والانعدام للإعمال فى إطار حق القضاء فى التفسير دون الخوض فيما يمكن اعتباره تدخلاً فى الوظيفة التشريعية أو الرقابة الدستورية على القوانين.

- **سابع عشر :** لقد كان اجتهاداً جديداً منا أن نختار أحكام الهيئة العامة للمواد الجنائية لتكون المجال الذى نستكشف فى إطاره مذهب المحكمة العليا فى تفسير النصوص الجنائية واتجاهاتها التفسيرية. ونبين بذلك مدى ميلها لهذا المنهج أو ذاك من مناهج التفسير الأصولى الشرعى أو القانونى الوضعى هذا من جهة الشكل، أما من جهة المضمون فلا غرو أن طريقة التحليل التفسيرى ونتائجه غير مسبوقة فى الفقه العربى أو المقارن.

ولذلك كان من أبرز جوانب التجديد فى هذه الدراسة الاهتمام الخاص الذى أوليناه لبيان مدى أخذ محكمة النقض بقواعد المناهج اللغوى والمنطقى والتاريخى فى أحكامها الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية أو الهيئتين مجتمعتين. وقد حاولنا فى تحليل هذه الأحكام الربط بين المناهج الثلاثة والقواعد المشابهة لها بأصول الفقه الإسلامى سواء القواعد الفقهية اللغوية أو الأصولية واستقراء القواعد ذات المضمون المماثل التى أرستها وأخذت بها محكمة النقض.

وبناءً على ما تقدم فقد عمدنا إلى تحليل كل حكم باستخدام قواعد التفسير ومبادئه فى المناهج أو المدارس المختلفة لمعرفة مدى أخذ المحكمة العليا بتلك المبادئ. ونتج عن هذا التحليل التفسيرى تساؤلات جديدة **فهل تقلب المحكمة العليا بين قواعد المناهج والمدارس التفسيرية المختلفة له ضابط معين، مثل نوع الجريمة، أو ظروف الواقعة وأشخاصها؟ أم هل ثم تأثير عام لطبيعة المسألة محل النص إن كانت إجرائية أو موضوعية أو من القوانين الخاصة فى طريقة تفسير المحكمة العليا للنص المتضمن لها؟**

وما سر عدول المحكمة العليا عن مبدأ من مبادئها إلى آخر، وكيفية تمكنها من القيام بذلك العدول باستخدام قواعد علم التفسير؟ هل كانت المحكمة مخطئة فى تفسير النص إبان عكوفها على المبدأ المعدول عنه وصوبت اتجاهها بذلك العدول؟

إلى غير ذلك من الأسئلة والإجابات التى انطوت على تأييد ونقد وإظهار وكشف وليس من سجال فى هذا المضمار إلا بين نفسى وما يتردد بينها وبين تلك الأحكام القضائية من سجالات المنطق ومبادئ علم التفسير، وليس بيننا

ثالث إذ لم يسبقنى أحد من أساتذتى أو الباحثين لهذا المضمار. وإن كان من نقص فحسبى أن قد وجهت النظر إلى هذا الأمر وما أجله ليسعى فيه من خلفى من هم أكثر منى علماً وأشد عزماً.

ومن خلال تتبع مدى بروز هذه القواعد والمبادئ التفسيرية الشرعية منها والقانونية فى أحكام محكمة النقض الصادرة من دوائرها الجنائية على وجه الخصوص، ألفينا تطابقاً فى استعمال المحكمة العليا لمضمون تلك القواعد بصفة مضطردة سواء صرحت بها أم أعملتها دون ذكر صريح فى طيات أحكامها.

وانتهينا من بحثنا لمناهج التفسير إلى نتيجة هامة من الناحية القضائية ألا وهى أن محكمة النقض لم تنح منحى واحداً، ولم تنحز انحيازاً مطلقاً لأحد تلك المناهج دون الباقى. بيد أن المحكمة قد استقرت على طريقة فى التفسير للنصوص الجنائية تبدأ من ظاهر النص متمثلاً فى ألفاظه ثم تتجه صوب مضمونه متمثلاً فى المصلحة المحمية من ورائه. وهى لا تنفك عن هذا الترتيب فى إعمال قواعد المنهجين اللغوى والمنطقى على التوالى. وتستخدم قواعد المنهج التاريخى كأداة لكى تتخلى أحياناً عن ظاهر النصوص لتحترم المصلحة المحمية منها عندما يعرض لها نقص النصوص أو غموضها.

- **ثامن عشر:** أما الباب الثالث من هذه الدراسة فقد تناولت فيه الضوابط الشرعية والقانونية لعملية الابتداع القضائى عند التفسير. وذلك من خلال الحديث عن دور التفسير القضائى فى تكميل النقص فى التشريع الجنائى وتطويره. ثم تحدثت عن كيفية قيام القاضى الجنائى بتكملة النقص التشريعى.

وعند دراستى لمدى صحة القول بحتمية النقص فى التشريع تعرضت بالبحث لنظريتى الحيز القانونى الخالى، والقاعدة العامة المانعة. مع تقييم فكرة كمال التشريع (فكرة كمال النظام القانونى).

وقد تطرقنا بعد ذلك لطرق سد النقص فى التشريع (أى التفسير عند عدم وجود النص). وهما طريقتان، الأولى طريقة التكميل الخارجى، أما الطريقة الثانية فهى التكميل الداخلى أو الذاتى.

وعرضنا بعد ذلك لبيان العلاقة بين تكملة نقص التشريع وعملية التفسير. ثم حاولت بعد ذلك رسم الحدود القانونية وكذلك الشرعية لتكميل القاضى للنقص فى التشريع من خلال النظرة الموضوعية لمشكلة نقص النصوص فى القانون

الجنائى. وختمت هذا الجزء ببيان مدى جواز لجوء القاضى الجنائى إلى القياس لتكملة النقص التشريعى.

- **تاسع عشر :** وفى محاولة منى لطرح المسائل الأصولية الشرعية بأسلوب قانونى معاصر يسهل على القضاء والفقه الاستفادة منها قمت بعرض لفكرة الاجتهاد وشروطه وضوابطه ومن يقوم به. وأشرت فى هذا الصدد إلى أن نهضة الشريعة الغراء فى أى عصر من العصور تتأسس على مبدأين متلازمين هما وجوب الالتزام بحرية الاجتهاد ووجوب الالتزام باستيفاء شروط الاجتهاد لمن يقوم به. وفى هذا الصدد قمت بتمييز الاجتهاد والتفسير من القول بالرأى، مع عرض لمجال الاجتهاد فى التفسير، وتوضيح الفرق بين الاجتهاد والقياس.
- **عشرون:** وفى اجتهاد جديد غير مسبوق فى الفقه الجنائى قمت بمحاولة حشد وبيان الأسانيد القانونية التى نحتج بها للقضاء الجنائى عند قيامه بتكملة النقص التشريعى .

وخلاصة هذه الأسانيد من جهة علم الأصول القاعدة المسلم بها من أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. ومن الوجهة القانونية إجمالا ما سبق وأن عرضناه من أن القانون لم يأمر القضاة بتطبيق القانون فحسب، ولم يأمرهم بإقامة العدل بين الناس فحسب، ولم يأمرهم بأن يفصلوا فى الأنزعة والأقضية المعروضة عليهم، وألا ينكلو عن نظرها والفصل فيها فحسب، ولم يأمرهم أن يستقلوا لسلطانهم فى الحكم بين الناس عن بقية سلطات الدولة فحسب. بل إن الدستور والقانون قد أمرا القضاة بكل تلك الأمور مجتمعة غير متفرقة ومتكاملة غير متعارضة ومتناسقة غير متنافرة، وهذا هو جوهر الإجابة التى يتشكل منها هذا البحث.

ونظراً للارتباط الوثيق بين الموضوع وبين مبدأ الشرعية، والذى لطالما كان الارتكان إليه فى مدلوله التقليدى حجر عثرة لبيان حق القاضى الجنائى فى الابتداع باستخدام أدوات تكملة النقص التشريعى فى الحدود والإطار القانونى السليم، فقد بحثت فى العلاقة بين مختلف مصادر الشرعية وبين الفكرة الأشمل التى يلتزم بها القضاء دوماً فى كافة أعماله ألا وهى فكرة المشروعية. فقمت بعرض لأهم خصائص المشروعية، وهى أن المشروعية ركيزة أساسية فى النظام القانونى بأسره وفى نظام الإثبات بصفة خاصة. **ذلك بالإضافة لكونها مبدأ ذو طبيعة متكاملة، وآية ذلك الكمال المفهوم المرن للمبدأ . وخلصت من ذلك إلى أن مبدأ الشرعية الجنائية يعد رافدا من أصل عام يلقى بظلاله على كافة أركان الدولة القانونية ألا وهو مبدأ المشروعية**. لما كان ذلك فقد أضحى من

الطبيعى أن يستمد الفرع صفاته وسماته من الأصل الذى ينتمى إليه، وهو ما يجعل الغلبة للمدلول المتكامل لمبدأ الشرعية الجنائية على ما سواه من المدلولات المرجوحة التى قيل بها. ومن ثم يصبح لمقتضيات العدالة والحرية وكافة المبادئ العامة الأخرى التى يقدسها المجتمع ويدين بها ويضعها فى موقع يسمو على النظام القانونى بأسره، يصبح لها شأن وتأثير فى تحديد معنى ومضمون مبدأ الشرعية الجنائية.

- **واحد وعشرون:** وقد رأينا أن نبحث بشئ من التفصيل والتجديد لأهم أساليب وأدوات تكملة النقص التشريعى التى يمكن للقاضى الجنائى أن يمارس بها وظيفة الابتداع القضائى. فقمت بدراسة كلا من القياس والمبادئ العامة للقانون وحدود استخدام القاضى الجنائى لهما. تحدثنا أولاً عن القياس فى القانون الوضعى، من خلال تناول كل من ماهيته وأركانه، وبيان مدلوليه اللغوى والاصطلاحى. ثم عرضت لأركان القياس وشروط صحتها وتناولت آراء الفقهاء حول أساس القياس. أما أنواع القياس فى القانون، فنجد أن له عدة صور، كما أن له موقعاً بين مصادر القانون. وكذلك بين وسائل التفسير. وفى هذا الإطار تم دراسة موقع القياس فى رأى كل من الفقه الألمانى، والفقه السويسرى، والفقه الفرنسى (القياس فى الفقه التقليدى، والقياس فى نظر مدرسة جنى).

ثم تناولنا القياس فى الشريعة الإسلامية الغراء من حيث ماهيته وتعريفه وأركانه وشروطه، كما تم بيان أدلة حجية القياس فى الشريعة الغراء ومجالات إعماله فى العقليات واللغة وفي الأحكام الشرعية، مبينا ما يجرى فيه القياس وما لا يجرى فيه. وتم التعرض لمسألة القياس فى الحدود، لأهمية الموضوع فى مجال الفقه الجنائى الشرعى والوضعى المعاصر. واهتممت بصورة خاصة بتقسيمات فقهاء الشريعة الغراء للقياس نذكر منها القياس القطعى والقياس الظنى، والقياس الأولى، والقياس المساوى، والقياس الأدنى، والقياس الجلى والقياس الخفى، وقياس العلة وقياس الدلالة. وتعرضت لأمثلة فقهية لمدى توافر أركان القياس ونتائج الخلاف حولها. كل ذلك الإطناب كان ضرورياً أن نخوض فيه تمهيداً وتوطئة لعرضى للمعيار الذى اجتهدت فى بنائه لبيان التفرقة بين القياس كمصدر للقاعدة القانونية، وبين القياس كوسيلة من وسائل التفسير وبين كلا من نوعى القياس المذكورين وبين التفسير الواسع للنصوص التجريمية فى إطار الشرع الحنيف والقانون الوضعى.

وبعد ذلك قمت باستعراض المبادئ العامة فى القانون كوسيلة من وسائل التفسير من حيث تعريفها والدور الخلاق للقاضى عند استعماله لها. ومن ثم

عرضت لدورها كمحدد لسلطة القاضى عند الاجتهاد، بعد أن أشرت لعوامل ظهور المبادئ القانونية العامة ومشكلة تحديدها. ثم قمت بعرض لرأينا المقترح لأسلوب استعمال المبادئ العامة فى القانون فى مجال التفسير فى القانون الجنائى.

- **اثنان وعشرون:** واجتهدت جديداً حين استقرأت تلك المبادئ العامة واستجليتها من بين طيات أحكام محكمة النقض، فألفيتها كثيرة ومتنوعة وأسلوب استعمالها كمحددات للتفسير من قبل المحكمة العليا مضطرد، وخصصت منها بالذكر والبيان ما يلى:

وقد أمكننى استخراج عدداً من المبادئ القانونية العامة بين طيات قضاء محكمتنا الموقرة. وسيبين لنا مدى الدقة التى حررت بها المحكمة هذه المبادئ العامة. وكيف جعلتها محدداً عاماً فى تفسيرها للنصوص من خلال ممارستها الحكيمة لرقابة القانون على المحاكم الأدنى.

كما نجحت المحكمة العليا فى إيجاد السند الدستورى الذى ترتكن عليه هذه المبادئ ويمكننى تحرير هذه المبادئ العامة بصفة إجمالية قبل أن أسوق الأحكام القضائية المنبئة عن تلك المبادئ العامة على النحو التالى:

المبدأ الأول : إعلاء شان الحريات الأساسية .

المبدأ الثانى : الحفاظ على العدالة المتوازنة .

المبدأ الثالث : ترجيح أصل البراءة على ما يناقضه .

المبدأ الرابع : تغليب المصلحة العامة على الخاصة .

المبدأ الخامس : الأحكام الشرعية المجمع عليها (مبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة) .

- **أوجه المفاضلة بين المبادئ القانونية العامة سالفة الذكر فى قضاء محكمة النقض :**

إنه من الجدير بالذكر أن ندون هنا ملاحظة هامة حول المجالات القانونية التى تنحاز المحكمة العليا فى كل منها إلى مبدأ من المبادئ العامة السابقة .

وبعبارة أخرى يمكننا طرح تساؤل مؤداه **هل تختلف هذه المبادئ العامة فى درجة قوتها عند نشوب تعارض بين مقتضيات إعمالها ؟**

ومن ثم تغلب محكمة النقض مقتضى أحد هذه المبادئ العامة على ما سواه منها ؟ الحقيقة أننا بالنظر الدقيق فى الأمثلة القضائية التى سقناها يمكننا الإجابة على هذا التساؤل فى عدة نقاط :

١ – عن مبدأ إعلاء شأن الشخصية يكون له الصدارة وتتخذه المحكمة إطاراً محدداً لطريقة تفسيرها طارحة ما قد يتعارض مع نتائجه من مبادئ أخرى ، فى حالة النصوص الماسة بالحرية . فكما أوردنا من قبل نجد أن التطبيقات القضائية التى استهلت المحكمة العليا قضاءها فيها بذكر لهذا المبدأ، نجدها متعلقة بأحوال القبض والتفتيش والتلبس وغيرها من المسائل ذات الصلة الوثيقة بالحريات.

٢- عن مبدأ العدالة المتوازنة يبدو أنه، كما أسلفنا، يتداخل فى قضاء المحكمة العليا مع غيره من المبادئ العامة بحيث يشكل أساساً لضبط الحدود التى يقف عندها مبدأ الحرية وإعلاء شأنها أو مبدأ احترام أصل البراءة أو مبدأ حسن سير العدالة. ومن ثم فالعدالة كمبدأ قانونى عام لا يتصور طرحه أو إجراء مفاضلة بينه وبين المبادئ العامة الأخرى، إذ هو متداخل معها وضابط لمفاهيمها وحدود إعمالها.

٣- ويبدو أن "مبادئ الشريعة الإسلامية" باعتبارها مبدأً قانونياً عاماً، فى الحدود السابق ذكرها، لها ذات الأثر والطبيعة التى تأبى أن يقارن بينها وبين غيرها من المبادئ القانونية العامة. إذ أنها تلم شعث كل هذه المبادئ وتسمو عليها وتحدد أطرها ومفاهيمها. ومن ثم لا يتصور أن تفاضل المحكمة العليا بينها وبين المبادئ العامة الأخرى بل إن المحكمة فى نظرها للنصوص القانونية المعروضة عليها إنما تنظر من خلال هذين الإطارين مبادئ الشريعة الغراء ومبدأ العدالة المتوازنة. ثم هى تغلب الأخذ بأى من المبادئ العامة الأخرى المتوافق والمتناسق مع هذين المبدأين .

٤- إن مبدأ حسن سير العدالة كإطار عام يحكم اتجاه محكمة النقض فى تفسير النصوص الإجرائية مقدم على ما سواه من المبادئ العامة، وأعنى بها مبدأ احترام الحريات ومبدأ مراعاة أصل البراءة. وذلك أمر واضح من الأمثلة القضائية التى سقناها .

٥- إن مبدأ تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة كإطار عام يحكم أسلوب المحكمة العليا فى التفسير مقدم على ما سواه من المبادئ العامة سالفة الذكر عند تفسير المحكمة الموقرة للنصوص الجنائية التى تتعارض فيها المصالح أو تتضارب فيها المصلحة المحمية العامة مع مصلحة المتهم

أو غيره من أطراف الخصومة المعروضة عليها وهذه النتيجة التى نراها واضحة من الأمثلة القضائية التى سقناها على هذا المبدأ العام.

وأود أن أشير إلى أن المبادئ العامة القانونية قد أعانت محكمة النقض فى حالات تكملة النقص التشريعى فلقد كانت هذه المبادئ العامة بمثابة السند الشرعى للقضاء عند تكملته لنقص النصوص. وهذا الدور الذى تلعبه المبادئ العامة سوف نلقى عليه بعض الضوء عند بحثنا فى التطبيقات القضائية لتكملة النقص التشريعى.

وعلى ذلك فإن للمبادئ العامة دوران:

الدور الأول : والذى ألقينا عليه الضوء فى هذا الموضع، وهو اعتبارها محدداً وموجهاً لتفسير المحكمة للنصوص. ويدخل فى هذا الإطار ما تعرضنا له من ذى قبل بالباب الثانى عند دراستنا للمبادئ العامة للقانون كوسيلة من وسائل التفسير المنتمية للمنهج المنطقى.

والدور الثانى : هو اعتبارها من الأدوات التى استعملتها المحكمة الموقرة لسد النقص التشريعى.

وفى النهاية أود أن ألمح إلى أن موضوع المبادئ القانونية العامة واستعمالها فى إطار تفسير النصوص بصفة عامة والنصوص الجنائية بصفة خاصة ، موضوع لا زال بكراً وينتظر دراسات معمقة تتوافر بالتحليل لعدد أكبر من الأحكام القضائية. ومقارنة نتائجه بين عدد من المحاكم العليا المنتمية لأنظمة قانونية مختلفة.

وحسبى أننى وجهت النظر إلى هذا الموضوع الهام واجتهدت فى إلقاء الضوء على هذه المسألة الهامة فى قضاء محكمة النقض المصرية، لكى ينبرى لها من أعتقد أنهم أكثر قدرة وعلماً من جيل أساتذتنا الفقهاء وشيوخ محكمتنا العليا الموقرة.

- **ثلاث وعشرون :** ثم شرعت فى بناء المعيار المقترح للتفرقة بين نوعى القياس والتفسير الواسع للنصوص الجنائية الشرعية والوضعية، مبتدئاً بالحديث حول المعيار المقترح وأهميته وفائدة العمل به فى القضاء الجنائى. وأما البناء العملى الذى شيدت عليه المعيار المقترح، فقد تأسس على دعامتين، الأولى هى نظرية العلة ، والدعامة الثانية هى نظرية الأنموذج القانونى للجريمة. وفى الإطار السابق تحديده فقد تم تناول النظرية العامة لعلة النص الجنائى (بيان المصلحة المحمية). مبيناً فكرة العلة ومجالات استعمالها فى الفقه الشرعى والقانونى بصفة عامة ، مع توضيح تعريف العلة وشروطها

ومسالكها والطرق المثبتة لها والمتمثلة فى (النص، الإجماع، السبر والتقسيم، تنقيح المناط، تخريج المناط، تحقيق المناط، الشبه).

- **أربع وعشرون:** ومن أهم المسائل التى تعرضت لها عند بحثى للعلة هى مسألة استخدامها كضابط فى تعليل الأحكام الجنائية فى الشريعة الإسلامية الغراء وفى القانون. وألقيت الضوء على رأى سديد معاصر وجدته فى فقه الأصول قوامه أن العلة بمدلولها وشروطها المعروفة فى كتب ومؤلفات أصول الفقه إنما استحدثت بعد القرن الأول الهجرى لمزيد من التحرز والضبط لاستخدامها، أما أصل التعليل فى الأحكام الشرعية فى عهد الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم فكان يتأسس على الحكمة التشريعية بدون كل هذه الضوابط والشروط التى أطنبت فى ذكرها وتقعيدها علماء الأصول بعد القرن الأول.

وعليه فقد انتهيت إلى أن فكرة المصلحة بمعناها الجامع والمنبثقة من الحكمة التشريعية تصلح شرعاً وقانوناً لتأسيس وتعليل الأحكام. وميزت بعد ذلك بين العلة وبين السبب والشرط والحكمة التمييز السائد فى كتب الأصول.

وختمت هذا الجزء ببيان مذهب محكمة النقض فى المسألة منتهياً إلى أن المحكمة العليا وإن درجت على ترديد كونها تؤسس الأحكام على العلة وليس الحكمة، إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون ترديداً نمطياً كثيراً ما خالفته المحكمة مكتفية بالحكمة التشريعية بمعناها الواسع البعيد عن شروط وقيود العلة.

إن محكمتنا الموقرة قد اختطت لذاتها خطة تفسيرية يمكن تلخيصها فى النقاط التالية:

١- إن محكمة النقض تلجأ إلى فكرة "العلة" دون الحكمة عندما تكون بصدد نص ذو مدلول لفظى واسع وفضفاض. ومن ثم تلجأ إلى "علة الحكم" لتتوصل باشتراط توافرها إلى تفسير ضيق للنص.

٢- إن محكمة النقض تسمى "العلة" أحياناً "بالمناط" وهذه تسمية دقيقة إذ أن المناط هو جوهر ومضمون "العلة" كما تبين من عرضنا السابق.

٣- عن محكم النقض تنحى فكرة العلة وتركز على "الحكمة" كلما أرادت التوسع فى تفسير نص ما.

٤- عن محكمة النقض تسمى الحكمة أحياناً "بقصد الشارع".

تقييمنا للخطة التفسيرية المستقرأة فى أحكام المحكمة العليا: إننى أرى أن فكرة "قصد الشارع" كانت تكفى محكمتنا الموقرة وتغنيها عن الحديث تارة عن مناط الحكم أو علته وتارة عن الحكمة التشريعية الكامنة وراء النص. وإننى أرى أن فكرة "قصد الشارع" فضفاضة ويمكن استعمالها للتضييق من معنى النص أو التوسع فى تفسيره على حد سواء، دون أن تلجأ المحكمة الموقرة لفكرة العلة كلما أرادت السير صوب التضييق من معنى النص.

وتدخل تلك العبارات المكررة فى أحكام المحكمة العليا فى إطار مجموعة "العبارات" التى رصدناها وتحدثنا عنها عند تحديد دور المحكمة العليا وعلاقتها بالمحاكم الأدنى فى الباب الأول، والتى تتكرر فى الأحكام بصفة دورية، والتى تخاطب بها المحكمة العليا المحاكم الأدنى أكثر مما تلزم بها نفسها فيما نعتقد.

- **خمس وعشرون :** أما النظرية العامة للأنموذج القانونى للجريمة، فقد تم تناولها من خلال عرض فكرة الأنموذج القانونى فى الفقه الجنائى المقارن من حيث مدلولها وموضعها فى النظرية العامة للقانون الجنائى، ومدى الاستفادة منها فى عملية تفسير النص. وأظهرت على وجه الخصوص العناصر الداخلة فى الأنموذج والمستمدة من عمل القاضى، ثم قمت بعرض لأهم الصور الخاصة للنموذج القانونى.

وثنيت بالحديث حول ضبط فكرة اللأنموذج القانونى للجريمة فى قضاء محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا، مبيناً أن هناك عناصر هامة يتحدد بها مدلول الفعل المجرم، ومن أهمها وجوب أن يكون الفعل المجرم محدداً تحديداً واضحاً.

- **ست وعشرون**: وقد حاولت التوصل إلى تحديد لفكرة الأنموذج القانونى للجريمة فى الشريعة الإسلامية. وأشرت فى هذا الصدد إلى اختلاف دائرتى التحريم الواسعة والتجريم الضيقة. وضربت أمثلة على ذلك، التمست منها وجود سببين وراء اختلاف نطاق الدائرتين. وفى هذا المجال ألفيت الفارق بين "معصية الكذب" وبين جريمة التزوير أو جريمة شهادة الزور، الفارق بينهما يتجلى فى معيار "مضرة العباد" أى الاعتداء على حق للغير، وهذا هو السبب الأول لاختلاف نطاق الدائرتين المذكورتين. والسبب الثانى تبينته من الفارق بين "معصية الزنا" وبين جريمة الزنا الحدية، والمتمثل فى معيار "علانية المعصية" أى فكرة إعلان وإظهار المخالفة للشريعة الغراء. وما فى ذلك من اعتداء على إرادة الأغلبية فى المجتمع.

وبينت **الفلسفة التشريعية الكامنة وراء دائرة التجريم فى الشريعة الإسلامية** والتى تتحصل فى الحرص على تحقيق هدفين فى ذات الآن، هدف استتباب الطهر العام كظاهر ممكن ومحترم فى المجتمع، وهدف الحفاظ على الحقوق والحريات الخاصة للأفراد ومنها حرية الاختيار لكل شخص بين الفضائل والرذائل. ومن اجتماع كل هذه الأفكار يمكننا أن نرى أسس فكرة "الأنموذج القانونى" فى الشريعة الغراء. **وعلى هذا أمكننا رؤية التشابه بين مضمون الفكرة فى الشريعة الإسلامية والقانون الجنائى. مما يفتح المجال للاستفادة من فكرة "الأنموذج القانونى" فى ظل نظام قانونى إسلامى جزئى أو كامل، سواء فى بحوث القسم العام المتعلقة بأركان الجريمة أو فى المجال الذى نقترحه، ألا وهو النظرية العامة للتفسير.**

- **سبع وعشرون:** وتوطئة لاستكمال بناء علمى سليم للمعيار المقترح تحدثنا عن فكرتا العلة والأنموذج القانونى وارتباطهما بمبدأ الشرعية الجنائية بمفهومه المتكامل، واستخدام العلة فى رسم حدود الشرعية الجنائية (فى إطار المعيار المقترح). ثم عرضنا لوجهة نظرنا فى إمكانية الاستفادة من الأنموذج القانونى فى عملية تفسير النص الجنائى.

- **ثمان وعشرون:** وأردت أن أضيف جديداً فى هذا الصدد، فأوضحت موقف الشريعة الغراء من المعيار المقترح، واجتهدت فى تبيان صلاحيته الشرعية.

وفى هذا الصدد طرحت عدة ملاحظات حول آراء الفقهاء فى مدى جواز القياس فى المسائل الجنائية ملقياً الضوء على ما يسميه الفقهاء بالقياس فى الأحكام، وما يسمونه **بالقياس فى أسباب الأحكام**، وذلك بالإضافة إلى ما يعرف **بالقياس فى المدلولات اللغوية. ووجدت فى هذه الأنواع المبثوثة فى كتب الفقه الإسلامى من قديم أساساً لشرعية المعيار الذى أقترحه، والذى أفرق به بين القياس كمصدر للقاعدة** (يقابله فى الشريعة الغراء القياس فى أسباب الأحكام)، **والقياس كوسيلة تفسير** (يقابله فى الشريعة الغراء القياس فى الأحكام)، **والتفسير الواسع** (يقابله القياس فى المدلولات اللغوية). وسقت الأمثلة من الفقه الشرعى فى المسائل الجنائية التى تؤكد صحة ما انتهيت إليه.

وخلصت إلى أن القياس فى الأحكام (هو الذى يكون داخل الأنموذج طبقا للمعيار المقترح)، والقياس فى أسباب الأحكام (خارج الأنموذج)، منتهيا إلى صلاحية المعيار المقترح للإعمال فى مجال التشريع الجنائى الإسلامى.

- **تسع وعشرون:** وانتهيت إلى بيان خلاصة التفرقة بين التفسير الواسع والقياس. بالتأصيل القانونى للمعيار المقترح للتفرقة بينهما بالجمع بين نظريتى العلة والأنموذج القانونى للجريمة، مع تسجيل ملاحظة هامة حول أن المعيار المقترح خاص بنصوص التجريم فقط، وبينت بعد ذلك الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين التفسير الواسع والقياس.
- **الثلاثون:** وختمت هذا الباب بعرض لصور الابتداع القضائى فى قضاء محكمة النقض الجنائى. وذلك من خلال عرض لأمثلة على تكملة المحكمة العليا للنقص فى التشريع والأداة التفسيرية التى تمكنت بها من أداء تلك المهمة. وعرضت لأمثلة من قضاء المحكمة العليا يمكن تخريجها من جهة التفسير وفق المعيار المقترح.

وأظهرت فى هذا الصدد استعمال محكمة النقض لفكرتى من "باب أولى" و"بالضرورة" وكيف توسعت المحكمة العليا فى تفسير النصوص الجنائية فى استخدام هاتين النتيجتين.

وخلاصة ما قد استقيناه من محددات وموجهات عند تتبعنا لأحكام محكمة النقض المصرية، وهى تقوم بالابتداع القضائى ما يلى:

أولاً : تغير الظروف السياسية والاجتماعية والثقافية للمجتمع، وما يستتبعه بالضرورة من تغير فى مفاهيم النصوص الجنائية المعمول بها. وذلك يعتبر إعمالاً دقيقاً من المحكمة العليا لمبدأ مستقر من مبادئ المنهج المنطقى فى التفسير على ما سلف بيانه.

ثانياً : النقص المعطل لإعمال النص وذلك من وجهة نظرى أخذا بالمبدأ الأصولى المقرر فى الشريعة والقانون على السواء من أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وقد يكون ذلك سنداً وجيهاً لكافة الحالات التى اضطرت فيها محكمة النقض إلى تقرير رأى معين ضرورى أووضع تعريف محدد ولازم لكى تستطيع أن تعمل مقتضى النصوص الجنائية تأسيساً على هذا الرأى أو ذلك التعريف.

وأظهر الأمثلة على ذلك ما توجب على المحكمة العليا من الأخذ بأى من النظريات الفقهية المقال بها فى تحديد الشروع أو الجريمة المستحيلة، أو الفاعل المعنوى أو علاقة السببية لكى تستطيع من بعد ذلك أن تعمل النصوص الجنائية الواجبة الإعمال، والتى يتسع مدلول ألفاظها أحياناً لأكثر من رأى فقهى، أو يغيب عن مدلول ألفاظها ثمة مؤشر لمذهب المشرع فى هذه الأمور الضرورية لإعمال

النصوص على التفصيل الذى أوردناه عند تحليل الأمثلة القضائية من جهة التفسير فى جنبات هذه الدراسة.

ثالثاً : العدالة كهدف أسمى دائم لوظيفة القضاء عامة، وقضاء النقض خاصة، وهو ما يلزمها أحيانا بتكميل النقص التشريعى بوضع ضوابط أو شروط لإعمال النص إعمالاً يحقق المصلحة الكامنة وراء النص.

- ***خلاصة الجانب التطبيقى المستحدث بالدراسة :***

وفى نهاية المطاف قمت بتقدير مذهب المحكمة العليا فى التفسير بصفة عامة، وذلك بتحديد كل من ضوابط سلطة الابتداع فى قضاء محكمة النقض فى المجال الجنائى ودورها فى مجال المشروعية. وعرضت لرأيى حول رؤية المحكمة العليا للنص الجنائى عند تفسيرها له من خلال نظرة تحليلية لطريقة محكمة النقض فى التفسير.

وفى نهاية هذا الجزء قمت بعرض مقترحان جديدان يتعلقان بأسلوب محكمة النقض فى توجيه القضاء الأدنى كجزء من مهمتها فى توحيد القضاء.

المقترح الأول : ويرجع إلى ما استقرأناه عند تعرضنا بالتحليل لأحكام المحكمة العليا المنبثة فى جنبات هذه الدراسة ، وسبقت الإشارة إليه من ترديد محكمة النقض لعبارات مثل حظر التفسير الواسع والقياس عند تفسير نصوص التجريم، ترديداً شبه آلى، إن جاز التعبير، دون أن يعبر عن التزام حقيقى منها بذلك الحظر الذى ما تفتأ تردده فى حيثيات أحكامها.

المقترح الثانى : ويرجع إلى ما ألفيناه يتردد فى أحكام المحكمة العليا عند نقضها لبعض الأحكام بأن الحكم المنقوض قد أخطأ فى تطبيق القانون، رغم كونه ملتزما بمبدأ تفسيرى تكون المحكمة العليا ذاتها هى التى وضعته، وسارت عليه حيناً من الدهر ثم رأت العدول عنه والمحاكم الأدنى لا تزال قائمة على ما ألفته من قضاء محكمتهم العليا قبل تقريرها العدول، ومع هذا، فالمحكمة العليا لا تتورع أن تنعت تلك الأحكام بأنها أخطأت فى تطبيق القانون .

وفى هذا الصدد بينت أهمية التفرقة بين خطأ المحاكم الأدنى فى التأويل بمعناه الضيق، وأعنى به خطأ المحكمة فى استنباط الحكم الصحيح من نص معين أى خطأ المحكمة فى استخدام قواعد التفسير عند إنزالها على النص،

وهنا يجب على محكمة النقض نقض الحكم، وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة من جديد، وهذا هو المعنى الصحيح لعبارة "الخطأ فى التأويل" الواردة فى القانون كإحدى حالات الطعن بالنقض، وقد عبرنا عنه "بالمعنى الضيق".

وبين خطأ التأويل بالمعنى الواسع والذى يعنى أنه رغم صحة استخدام المحكمة الأدنى، محكمة الموضوع، لقواعد التفسير إلا أن المحكمة العليا ولسبب ثار لديها ترى الأخذ بمنهج مختلف فى تفسير النص الذى دار الحكم المطعون فيه عليه. وهذا هو المعنى الاعتبارى لعبارة "الخطأ فى التأويل"، وقد آثرنا أن نعبر عنه "بالمعنى الواسع". واقترحنا تعديلاً تشريعياً يضيف لعبارة النص حالة "الخطأ فى اختيار التفسير المناسب " كأحد أسباب الطعن بالنقض. إلا أننا فى هذه المثابة نوجه الحديث إلى المحكمة العليا، وقدرتها على تجاوز هذا النقص التشريعى باعتبار أن عبارة "الخطأ فى التأويل" قد تتحمل النوعين، بل هى تتحمله فعلاً وعملاً من خلال عشرات الأحكام التى تتعرض للنقض دون تفرقة بين حالتى النقض المذكورتان.

ومراقبة المحكمة العليا للمحاكم الأدنى رغم عدم مخالفة الأخيرة لقواعد الاستنباط والتأويل أمر مسلم به لها. ومرده التشريعى، اتساع مدلول عبارة "الخطأ فى التأويل"، فالخطأ كما قد يكون بمخالفة قواعد التفسير قد يكون بمخالفة طبائع الأمور أو الظروف السياسية والاجتماعية للمجتمع، والتى ترى معها المحكمة الأخذ بتفسير ما لنص ما، وطرح تفسير آخر، وإن كان التفسير المطروح جائزاً من حيث الفن القانونى وقواعد التفسير، فإن المحكمة العليا تعتبره غير ملائم أى أن محكمة الموضوع فى هذه الحالة قد أخطأت اختيار الملائم من التفسيرات الممكنة والصحيحة للنص محل حكمها.

ومن ناحية ثانية، فمراقبة المحكمة العليا لهذا النوع من الخطأ فى التأويل بالمعنى الواسع مرده وظيفتها المنوطة بها فى قانوناً فى توحيد التفسير للنصوص القانونية فى الدولة .

والأمر الذى نقترحه يتحصل فى هذه الحالة الأخيرة عندما تحيل المحكمة العليا إلى محكمة الموضوع وتنقض الحكم فإنه من الدقة العلمية واستقرار البيان القانونى لدى القضاء أن توضح للمحكمة المحال إليها أن الحكم المنقوض لم يخطئ فى التفسير بالمعنى الضيق، وأن توضح فى حكمها عدم مخالفة محكمة الموضوع لقواعد التفسير، وأن تلمح إلى أن اختلاف المنهج التفسيرى الذى تراه المحكمة موصلاً لتفسير معين هو من قبيل الملاءمة. وخلاصة ما نقترحه أن تردد المحكمة فى مثل هذه الحالات عبارات تصنعها تبين الفارق بين حالتى الخطأ فى التأويل. والفائدة من اقتراحنا كثيرة، وخلاصتها البيان للقضاة

المتابعين للمحكمة العليا، وعدم الحرج الذى تبديه أحياناً عند العدول عن مبادئها .

وأمكننا الاستفادة من السجال الفقهى بين علماء الأصول فى الشريعة الغراء حول اختلاف مدلولات الألفاظ ومعانيها واعتبار كل هذه المعانى جائزة ومقبولة من جهة اللغة الأصول وتعدد مذاهب الفقهاء تبعاً لذلك، مما يؤيد وجهة نظرنا فى أن اختلافات التأويل بين المحاكم لا تعنى بالضرورة أن كلها خطأ ما عدا تأويل واحد، بل يجوز تعدد التأويلات الصحيحة من جهة اللغة وأصول علم التفسير، قبل النظر فى ترجيح إحداها لأسباب ترجع إلى العرف أو الظروف الاجتماعية أو السياسية أو غيرها. وفى هذا الصدد ضربت أمثلة من الكتاب العزيز والسنة المطهرة يسوقها علماء الشريعة الغراء لجميع أحوال الخفاء، والذى يمكن أن يكون من ذات اللفظ كما فى المجمل والمشترك وقد يكون لعارض كما فى الخفى، وقد يكون من عمل الشارع كما فى المجمل، وقد يكون من عمل المجتهد كما فى المشكل والخفى. وكذلك التخصيص الذى هو قصر العام على بعض أفراده، ومرد هذا الاختلاف أن الحكم على دلالة العام على أفراده التى يشملها قبل التخصيص محل خلاف، هل هى دلالة قطعية أو ظنية. وخلصت من هذا العرض إلى إثبات أمور هامة:

الأول: ضرورة التفسير على أى حال كان عليه النص عند فقهاء الشريعة الغراء، وهو ما عليه جمهور الفقه القانونى المعاصر ومحكمة النقض كما سلف القول .

والثانى: أن هذا السجال الفقهى الأصولى يوضح صحة ما نذهب إليه من أن النص المكتوب باللغة العربية من الجائز لغوياً أن يحتمل عدة معانى، يؤدى كل منها إلى حكم مغاير .

وأوضحت فى هذه المثابة عدم صحة القول بأن معنى لغويا واحداً هو الصحيح، ولكن الصحيح أن يقال أننا نرجح اختيار أحد هذه المعانى اللغوية ونفضل الأخذ بما يفضى إليه من حكم لاعتبارات كثيرة، نذكر منها على سبيل المثال تطور المجتمع ثقافياً أو تغير الظروف السياسية، وقد يكون العرف سبباً لهذا الترجيح . وترتيباً على ما سبق فمن الممكن تصور عدول المفسر قاضياً كان أو فقيهاً عن المعنى اللغوى الذى كان يراه إلى معنى لغوى آخر لذات العبارة إذا ما تغير المقتضى. وفى هذه الحالة يقال أن التفسير الملائم هو الصحيح فقط. ذلك بأنه وإن صح من جهة اللغة المدلولان لذات النص إلا أن التفسير الصحيح لأى نص ليس فقط الصحيح من جهة اللغة، فالتفسير كما أوضحنا عملية مركبة تبدأ من المدلولات اللغوية ولكن لا تنتهى عندها .

والثالث: أتاح لنا هذا السجال الفقهى الوقوف على بعض مما نحشده من أدلة أصولية على اقتراحنا الخاص بضرورة أن تفرق محكمة النقض عند نقضها للأحكام بين حالتين من حالات الخطأ فى تأويل القانون طبقاً للمادة ٣٠ من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض على النحو التالى:

الحالة الأولى: وهى المتمثلة فى الخطأ فى التأويل بمعناه الصحيح طبقاً لقواعد التفسير الأصولية، وهو ما يمكن إطلاق الحكم عليه بأنه خطأ فى تطبيق القانون.

والحالة الثانية التى نقترح على المحكمة العليا إظهارها وتمييزها من الحالة السابقة، وهى مخالفة الحكم المنقوض لمذهب المحكمة العليا التفسيرى المختار حتى لو لم يخالف قواعد التفسير الصحيحة، وفى هذه الحالة يعد خطأ الحكم المنقوض ليس لمخالفة قواعد التفسير والتأويل الصحيحة، وإنما يتمثل فى مخالفته مبادئ المحكمة العليا السارية، مما يعرض الاستقرار القانونى للاضطراب. ومحكمة النقض وظيفتها حماية ذلك الاستقرار بتوحيد المبادئ القانونية المطبقة، ومن بينها مبادئ التفسير وما تؤدى إليه من فهم للنصوص.

وهكذا يبدو لنا من هذا التحليل خلاصة المقترحان :

أولهما: يدعو المحكمة العليا بالتوقف عن ترديد عبارات الحظر المطلق للتفسير الواسع، والقياس فى مجال التجريم.

والاقتراح الثانى: أن تردد المحكمة عبارات من شأنها التفرقة بين نوعى الخطأ فى التأويل حين تنقض الحكم لأيهما. ومن ثم فبين عبارات آن لها أن تنسخ من أحكام محكمتنا العليا ، وعبارات آن لها أن تثبت فى أحكامها الغراء ، دار هذا التحليل فى مجال التفسير القضائى المصرى للنص الجنائى.

وخلاصة ذلك يمكن تحريرها فى أن محكمة النقض المصرية، وهى تمثل القضاء المصرى بحكم موقعها وما أناطه بها القانون، قد التزمت فى تفسيرها للنصوص الجنائية بصفة عامة بقواعد أصول الفقه المتعلقة بالتفسير سواء منها القواعد الأصولية اللغوية أو القواعد التفسيرية الأخرى المطبقة عند تفسير النصوص الشرعية.

إن القضاء الجنائى المصرى متمثلاً فى قضاء محكمته العليا ليس له منحى مطلق إلى مدرسة تفسيرية بعينها أو انحياز تام إلى منهج معين من مناهج التفسير المعروفة.

إن المحكمة العليا تتقلب بين قواعد ومبادئ المناهج والمدارس المتعددة للتفسير تقلباً رشيداً يقضى لها مأربها الذى ما تنفك تطلبه فى كافة أحكامها ألا وهو العدل. العدل كما تراه هى بعين مجتمعها المتطور المتغير.

فرغم ثبات النصوص التشريعية أو بطء حركتها تواكبا مع هذا التطور المجتمعى، فالمحكمة العليا تكون هى الأسرع فى تلمس تطور ذلك المجتمع الذى أناط بها القيام بأمر العدل فيه. ومن ثم الاستجابة لمقتضياته من خلال استخدامها الرشيد لأدوات التفسير. وهى الأورع من جهة الإدارة والخصوم، عن المساس بمقدساته وثوابته وذروة سنامها الحريات.

وبين ذلك وتلك تكونت مفاهيم العدالة لدى المحكمة العليا فكما البراءة أصل والحريات العامة أصل فى المسائل الموضوعية، فإن حسن سير العدالة وتكافؤ الفرص أصل فى المسائل الإجرائية. وهذه المكونات الأساسية لمفهوم العدالة لدى محكمة النقض كانت بمثابة الضوابط التى من أجل المحافظة عليها تستخدم المحكمة قواعد هذا المنهج التفسيرى أو ذاك وتترك مبادئ مدرسة تفسيرية بعينها آخذة بمبادئ مدرسة أخرى.

بل وفى درجة أعلى من الصدق فى طلب الغاية العالية ومن الأمانة فى أداء المهمة السامية، تهجر قضاءها ذاته وتعدل عنه إلى آخر باستخدام وسائل التفسير المناسبة للظروف والأحوال مقررة مبادئ أخرى لتحافظ على الثوابت التى رسمت فى وجدانها حدود العدل. فأعظم بها من محكمة وأعظم بها من مهمة.

قائمة المراجع[1]

أولاً : قائمة مراجع باللغة العربية :

أ – علوم القرآن الكريم :

١. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى : ***الجامع لأحكام القرآن***، الطبعة الثالثة، دار الكتب المصرية، ١٩٦٦.

[1] أثبتنا المراجع بالترتيب الأبجدى بحسب اسم المؤلف وذلك تسهيلاً للقارئ فى العثور على الإشارة الكاملة لأى من هذه المراجع . ومن ثم فقد اضطررنا إلى حذف الألقاب العلمية للمؤلفين اكتفاءاً بذكر هذه الألقاب عند إثبات الإشارات فى متن الرسالة . كما أننى لم اثبت فى هذه القائمة المراجع التى لم أرجع إليها كثيراً اكتفاءاً بالإشارات الداخلية عنها بالرسالة .

٢. أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى : ***أحكام القرآن***، تحقيق : على محمد البجاوى ، دار الفكر.

٣. إسماعيل سالم عبد العال : ***تفسير النصوص وآيات القصاص والديات***، مكتبة النصر، ١٩٩٤.

٤. ***الأشباه والنظائر فى تفسير القرآن العظيم*** ، تحقيق ودراسة : عبد الله محمود شحاته.

٥. الراغب الأصفهانى : ***مقدمة التفسير لأبى القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهانى ، مع تنزيه القرآن عن المطاعن للقاضى عبد الجبار*** ، مطبعة الجمالية، ١٣٢٩هـ.

٦. محمد حسين الذهبى : ***التفسير والمفسرون*** ، مكتبة وهبة ، ١٩٩٥.

ب ـ كتب الحديث الشريف :

٧. أبو السعادات مبارك ابن الأثير ***: النهاية فى غريب الحديث*** ، تحقيق: محمود محمد الطناحى ، طاهر أحمد الزواوى ، مطبعة عيسى البابى الحلبى ، مصر ، ١٩٦٢ .

٨. أبو بكر أحمد البيهقى : **السنن الكبرى ومعه الجوهر النقى** ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٤ هـ. صورة بمكتبة كلية الحقوق– جامعة القاهرة .

٩. أبو داود : ***سنن أبو داود بشرحه بذل المجهود*** ، الهند ، ١٣٩٢هـ . صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

١٠. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى : ***سنن النسائى بشرح السيوطى وحاشية السندى*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة المصرية ، ١٩٣٠ .

١١. أبو عبد الله محمد بن على المازرى ***: المعلم بفوائد مسلم*** ، تحقيق : محمد الشاذلى النيفر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧ ، صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

١٢. أبو عيسى بن موسى بن سورة الترمذى : ***جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى للمباركفورى*** ، ضبط غريبه وراجع

أصـــولـه : عبد الرحمن محمد عثمان، القاهرة ، مطبعة الفجالة الجديدة.

١٣. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى : ***صـحيح البخارى مع شـرح الكرمانى*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة المصـــرية ، ١٩٣٢م.

١٤. على بن عمر الدارقطنى : ***سـنن الدارقطنى*** **بشـــرحه التعليق المغنى للعظيم آبادى** ، تحقيق : عبد الله هاشم يمانى المدنى ، القاهرة ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ١٩٦٦ .

١٥. محمد بن حجر العسـقلانى الشـافعى : ***تهذيب تهذيب*** ، مطبعة عيسـى البابى الحلبى، مصر.

١٦. ----------- : ***فتح البارى بشـرح صـحيح البخارى*** ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، ومصطفى محمد الهوارى ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٩٧٨ .

١٧. محمد عبد الرؤوف المناوى : ***فيض القدير شـرح الجامع الصـغير*** ، الطبعة الثانية ، بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر، ١٩٧٢ .

١٨. محمد عبد الرحيم محمد : ***التفسير النبوى خصائصه ومصادره*** ، مكتبة الزهراء ، ١٩٩٢.

<u>جـ – اللغة والمعاجم والتراجم التاريخية :</u>

١٩. أبو الفضـــل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور : ***لســان العرب*** ، بيروت ، ١٩٥٦، صـــورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٢٠. أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشرى : ***أساس البلاغة*** ، تحقيق : عبد الرحيم محمود ، مطبعة دار الكتب المصرية.

٢١. أبو بكر بن أحمد بن قاضـى شـهبة **:** ***طبقات الشـافعية الكبرى*** ، تحقيق عبد العليم الصـــديقى ، الهند ، دائرة المعارف العثمانية ، نسخة مصورة ، مكتبة كليات الأزهر.

٢٢. أبو الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى : ***شذرات الذهب فى أخبار من ذهب***، دار الميسرة ، بيروت.
٢٣. الخطيب : ***تاريخ بغداد*** ، بيروت.
٢٤. الفيومى : ***المصباح المنير*** .
٢٥. محمود حامد عثمان : ***القاموس القويم فى اصطلاحات الأصوليين*** ، دار الحديث ، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.
٢٦. ***المعجم الفلسفى*** ، تصنيف لجنة من العلماء، بيروت.
٢٧. مجمع اللغة العربية المصرى: ***المعجم الوجيز***، الطبعة الأولى، ١٩٨.
٢٨. خير الدين الزركلى : ***الأعلام*** ، الطبعة الثالثة ، بيروت.
٢٩. شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى: ***الضوء اللامع لأهل القرن التاسع***، القاهرة، مكتبة القدس، ١٣٥٤هـ.
٣٠. عمر بن عبد العزيز بن مازة البخارى الصدر الشهيد: ***شرح أدب القاضى للخصاف***، الطبعة الأولى، تحقيق: محيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، ١٩٨٠.
٣١. ***كتاب الحجة على أهل المدينة*** ، ترتيب وتصحيح و تعليق السيد مهدى حسن الكيلانى، الهند، حيدر آباد، ١٩٦٨، تصوير بيروت، عالم الكتب.
٣٢. ***كشاف اصطلاحات الفنون***، بيروت.
٣٣. محمد بن أبو بكر الرازى : ***مختار الصحاح*** ، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية ، ١٣٥٥هـ.
٣٤. نديم مرعشلى وأسامة مرعشلى : ***الصحاح فى اللغة*** ، بيروت ، دار الحضارة العربية .

<u>د - الفقه الإسلامى وأصوله :</u>

٣٥. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم الحنبلى بن المفلح : ***المبدع شرح المقنع*** ، الطبعة الأولى ، بيروت ، المكتب الإسلامى ، ١٩٨٠ .
٣٦. أبو إسحق إبراهيم بن موسى اللخمى الشهير بالشاطبى : ***الموافقات فى أصول الأحكام*** ، تحقيق : محمد محى الدين عبد الحميد ، المطبعة السلفية بمصر ، ١٣٤٣.
٣٧. ----------- : ***الموافقات فى أصول الشريعة*** ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

٣٨. أبو الحســن على بن حبيب الماوردى : ***الأحكام السـلطانية*** ، دار الفكر، ١٩٦٦.
٣٩. أبو الحســـن على ســيف الدين الآمدى: ***الإحكام فى أصــول الأحكام***، دار الكتب الخديوية، مطبعة المعارف، مصر، ١٣٣٢هـ.
٤٠. أبو الفضـل مسـلم بن على الدمشـقى المالكى : ***الفروق الفقهية*** ، الطبعة الأولى، دراسة وتحقيق : محمد أبو الأجفان وحمزة أبو فارس، دار العرب الاسلامى، بيروت، ١٩٩٢.
٤١. أبو المعالى عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الشافعى الجوينى : ***الغيثانى*** ، تحقيق : عبد العظيم الديب ، الطبعة الأولى ، قطر ، الشئون الدينية.
٤٢. أبو المناقب شـــهاب الدين الزنجانى : ***تخريج الفروع على الأصـــول*** ، تحقيق : محمد أديب صـــالح ، مؤســـسـة الرســـالة ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٤.
٤٣. أبو الوليد محمد بن رشــــد : ***المقدمات الممهدات*** ، تحقيق : محمد حجى ســـعيد أحمد أعراب ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٨٨.
٤٤. أبو بكر محمد بن أحمد السـرخسـى : ***أصـول السـرخسـى*** ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغانى ، مطابع دار الكتاب العربى بمصـــر ، ١٣٧٢هـ .
٤٥. أبو بكر وأبو عثمان بن سـعد ابن هاشـم : ***الأشـباه والنظائر من إشـعار المتقـدمين والجـاهلين والمخضـــرمين*** ، تحقيق وتعليق : السيد محمد يوسف ، القاهرة .
٤٦. أبو حامد محمد بن محمد الغزالى : ***المســـتصـــفى من علم الأصـــول*** ، الطبعـة الأولى ، المطبعـة الأميريـة ببولاق ، ١٣٢٢هـ .
٤٧. أبو ســـعيد محمد بن محمد بن مصـــطفى الخادمى : ***مجامع الحقائق*** ، المطبعة العامرة ، ١٢٨٨هـ.
٤٨. أبو عبد الله عليش : ***تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام***، مطبوع على هـامش فتح العلى المـالـك ، مطبعـة مصطفى البابى الحلبى، ١٩٥٨م.
٤٩. أبو يوســـف: ***الخراج***، الطبعـة الرابعـة، المطبعـة الســـلفيـة، القـاهرة، ١٣٩٢هـ.
٥٠. أحمد أبو داود السـجسـتانى: ***كتاب مسـائل***، تقديم السـيد رشـيد رضـا، بيروت.

٥١. أحمد بن سـعيد بن حزم : ***الإحكام فى أصـول الأحكام*** ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة العاصمة القاهرة ، تصوير، ١٣٤٥هـ.
٥٢. أحمد بن محمد الحموى : ***غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر***، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار الطباعة العامرة ، ١٣٥٧ هـ.
٥٣. ابن أمير الحـاج : ***التقرير والتحبير، شـرح التحرير لابن الهمام*** ، المطبعة الأميرية، ١٣١٦هـ.
٥٤. ابن عبد البر : ***التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والأسـانيد*** ، الطبعة الأولى، تحقيق: لجنة من العلماء، طبعة المغرب.
٥٥. ----------- : ***جامع بيان العلم وفضله*** .
٥٦. ----------- : ***الذخائر الإشرافية فى ألغاز السادة الحنفية*** (مطبوع على حاشية شرح يونس الطانى على الكنز).
٥٧. أبو محمد بن غانم البغدادى : ***مجمع الضمانات فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان*** ، دار عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٧.
٥٨. الحجوى الثعالبى : ***الأشباه والنظائر*** .
٥٩. ----------- : ***تاريخ الفكر الإسلامى*** ، الرباط ، ١٣٤٥ هـ.
٦٠. الجاحظ : ***البيان والتبيين***.
٦١. الحصاف : ***أدب القاضى بشرح الحصاص*** .
٦٢. الحصكفى : ***الدر المختار*** .
٦٣. الحمزاوى : ***الفوائد البهية*** .
٦٤. العجلونى : ***كشف الخفاء والإلباس***.
٦٥. ***العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية***
٦٦. العلائى : ***المجموع المذهب فى قواعد المذهب*** ، صـورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .
٦٧. ***الفتاوى الحديثة*** ، الطبعة الثانية ، مصطفى البابى الحلبى ، ١٩٧٠.
٦٨. القاسم بن سلام : ***كتاب الأموال*** ، تحقيق : خليل هراس ، دار الشـرق، مصر ،١٩٦٨ .
٦٩. الكرمانى : ***صحيح البخارى بشرح الكرمانى*** ، المطبعة المصرية الطبعة الأولى ، ١٩٣٢.
٧٠. الكلنبوى : ***البرهان***، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٤٧هـ .

٧١. الكمال بن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن همام الدين السكندرى : ***فتح القدير شرح الهداية*** ، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق ، مصر ، ١٩٣٦ .
٧٢. المحلاوى : ***تسهيل الوصول*** .
٧٣. ***بدر الدين محمد بن بهادر الزركشى : المنثور فى القواعد*** ، تحقيق : تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الأولى، الكويت، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر، ١٩٨٢. صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .
٧٤. المولولى محمد بن أعلى بن على التهانوى : ***كشاف اصطلاحات الفنون*** ، بيروت ، صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .
٧٥. بدر الدين محمد بن أبو بكر البكرى: ***الاستغناء فى الفروع والاستثناء*** ، صورة بمكتبة كلية الحقوق– جامعة القاهرة.
٧٦. برهان الدين إبراهيم ابن فرحون : ***تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام .*** مطبوع بهامش فتح العلى المالك لأبى عبد الله عليش ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .
٧٧. ابن عبد السلام : ***قواعد بن عبد السلام*** .
٧٨. تقى الدين أحمد بن تيمية : ***السياسة الشرعية ، الحسبة*** .
٧٩. ---------- : ***مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية*** ، الطبعة الأولى ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن محمد قاسم العاصمى الحنبلى وابنه محمد ، الرياض، ١٣٨١ هـ.
٨٠. تقى الدين محمد بن النجار الحنبلى : ***حاشية البنانى على جمع الجوامع فى شرح الكوكب المنير*** ، الطبعة الأولى، تحقيق : محمد الزحيلى ونزيه حماد ، من منشورات مركز البحث العلمى ، جامعة أم القرى، ١٩٨٧.
٨١. جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى : ***الأشباه والنظائر فى النحو*** ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، القاهرة، شركة الطباعة الفنية ، ١٩٧٥.
٨٢. ---------- ***الأشباه والنظائر فى الفقه*** ، تحقيق وتقديم: محمد قطيع الحافظ، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر.
٨٣. --------: ***الحاوى للفتاوى***، دار الكتب العلمية، القاهرة، ١٩٧٥.
٨٤. ---------- : ***الجامع الصغير* مع فيض القدير للمناوى** .

٨٥. جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى : **التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول** ، تحقيق : محمد حسن هيتو ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٠ .
٨٦. ----------- : ***شرح منهاج البيضاوى*** .
٨٧. ----------- : ***طراز المحافل فى ألغاز المسائل*** .
٨٨. جمال الدين محمود بن أحمد الحصيرى : ***القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير*** .
٨٩. حسن العطار: ***حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع للسبكى*** ، المكتبة التجارية.
٩٠. خير الدين الرملى : ***نهاية المحتاج*** .
٩١. ----------- : ***الفتاوى الخيرية لنفع البرية*** ، كتاب الجنايات .
٩٢. ***درة الغواص فى محاضرة الخواص (ألغاز فقهية)***، تحقيق: محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ، مطبعة التقدم، القاهرة.
٩٣. زكريا البرديسى : ***أصول الفقه***.
٩٤. زين الدين عبد الرحمن شهاب الدين بن رجب : ***قواعد بن رجب*** .
٩٥. زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى : ***الأشباه والنظائر ، الطبعة الأولى،*** تحقيق : محمد المطيع الحافظ ، دار الفكر، دمشق ، ١٩٨٣ .
٩٦. سحنون بن سعيد التنوخى: ***المدونة الكبرى***، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨.
٩٧. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى : ***شرح التلويح على التوضيح***، دار العهد الجديد للطباعة.
٩٨. ----------- : ***التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه*** . مطبعة محمد على صبيح ، ١٣٧٧هـ.
٩٩. شاه ولى الله أحمد الدهلوى : ***حجه الله البالغة***، دار الجيل للطباعة ، القاهرة ، ١٢٨٤ هـ.
١٠٠. شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى : ***المقاصد الحسنة*** .
١٠١. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى : ***الفروق*** ، بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر .
١٠٢. ***طلبة الطلبة فى اصطلاحات الفقهاء***، المطبعة العامرة ، ١٣١١هـ.
١٠٣. عباس متولى حمادة : ***أصول الفقه*** .
١٠٤. عبد الحى الكندى : ***الفوائد البهية فى تراجم الحنفية*** .
١٠٥. عبد الرحمن بن جاد الله البنانى : ***حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع***، مصر،

الطبعـة الأولـى، مطبعـة عيســى البـابى الحلبى، ١٩١٣م.
١٠٦. عبد الرحمن بن خلدون: ***مقدمة ابن خلدون***، بيروت، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربى، لبنان ، تصوير.
١٠٧. عبد العزيز البخارى : ***كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى*** ، بيروت .
١٠٨. عبيد الله بن عمر الدبوسى : ***التوضيح وشرحه التلويح***. وتقديم أصول الفقه وتحديد أدلة الشــرع، مخطوطة دار الكتب المصرية أصول البزدوى مع كشف الأسرار، صورة بمكتبة كلية الحقوق– جامعة القاهرة .
١٠٩. عضـد الدين الأبجى : ***مختصـر ابن الحاجب*** ، مطبعة حسـن حلمى الريزوى ، ١٣٠٧هـ .
١١٠. علاء الدين شمس النظر أبو بكر السمرقندى : ***ميزان الأصول فى نتائج العقول*** ، تحقيق وتعليق : محمد زكى عبد البر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٤.
١١١. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ***: كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام*** ، استانبول ، شكرة صحافية عثمانية ، ١٣٠٨هـ .
١١٢. على بن محمد الشــريف الجرجانى : ***كتاب التعريفات*** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣.
١١٣. على بن محمد المعروف بابن أبو العز الحنفى : ***التهذيب ذهن اللبيب***.
١١٤. على حيدر : ***درر الحكام شرح مجلة الأحكام*** ، تعريب : فهمى الحسينى ، مكتبة النهضة ، بيروت.
١١٥. على محمد بن الحسين البزدوى: ***أصول الفقه، مع شرحه كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى***، مكتبة الصنايع، ١٣٠٧هـ.
١١٦. قدرى باشا : ***الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية*** .
١١٧. محمد أمين المعروف بأمير بادشـاه : ***تيسير التحرير شـرح على كتاب التحرير ، فى أصـول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشـافعية لابن الهمام*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، مصر، ١٣٥هـ.
١١٨. محمد أمين بن عابدين : ***العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية***.
١١٩. ---------- : ***رد المحتار على الدر المختار المعروف باسم حاشية ابن عابدين***، دار الفكر، تصوير، ١٩٧٩.

١٢٠. محمد بن أبى بكر بن القيم الجوزية : ***إعلام الموقعين عن رب العلمين***، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد محى الدين عبد الحميد ، مطبعة السعادة ، مصر، ١٩٥٥.
١٢١. محمد طاهر محمد خالد التاسى : ***شرح المجلة*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة حمص، ١٩٣٠. صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة.
١٢٢. موفق الدين عبد الله بن محمد المقدسى بن قدامة : ***المغنى*** ، تحقيق : محمود عبد الوهاب فايد ، القاهرة ، مطابع سجل العرب ، ١٩٧٠ .
١٢٣. يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف : ***كتاب الآثار*** ، تصحيح وتعليق : أبو الوفا الأفغانى ، تصوير بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٣٥٥ هـ.

<u>هـ – مؤلفات حديثة فى الفقه الإسلامى :</u>

١٢٤. اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية : ***مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة*** ، مجمع البحوث الإسلامية ، ١٩٧٤.
١٢٥. بدران أبو العينين بدران : ***أصول الفقه*** ، دار المعارف ، ١٩٦٥ .
١٢٦. حسين حامد : ***نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى*** ، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
١٢٧. زكريا البرى : ***أصول الفقه الإسلامى*** ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، ١٩٧١.
١٢٨. عبد الفتاح خضر : ***النظام الجنائى أسسه العامة فى الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامى*** ،١٩٨٢.
١٢٩. عبد القادر عوده : ***التشريع الجنائى الإسلامى***، طبعة نادى القضاة، ١٩٨٠.
١٣٠. عبد الوهاب خلاف : ***أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامى***، الطبعة السادسة ، ١٩٥٤.
١٣١. عبود السراج : ***التشريع الجزائى المقارن فى الفقه الإسلامى والقانون السورى ، المبادئ العامة*** ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٩٧٦.

١٣٢. على أحمد الندوى : ***القواعد الفقهية .. مفهومها.. نشـاتها .. تطويرها .. دراسة مؤلفاتها .. مهمتها وتطبيقها***، الطبعة الثالثة ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٤.
١٣٣. على حسب الله : ***أصول التشريع الإسلامى*** ، الطبعة السادسة ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٨٢.
١٣٤. محمد أبو النور زهير : ***أصول الفقه*** ، دار التأليف ، مكتبة كلية الشريعة ، جامعة الأزهر.
١٣٥. محمد الخضرى : ***أصول الفقه*** ، الطبعة الأولى ، مكتبة كلية الشريعة، جامعة الأزهر.
١٣٦. --------- : ***تاريخ التشريع الإسلامى*** ، مطبعة السعادة ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، ١٣٧٣ هـ.
١٣٧. محمد الطاهر بن عاشور : ***مقاصد الشريعة الإسلامية*** ، تونس ، الشركة التونسية ، ١٩٧٨ .
١٣٨. محمد الغزالى : ***جدد حياتك*** ، دار الشروق.
١٣٩. محمد بن إدريس الشافعى: ***الرسالة***، تحقيق: أحمد شاكر، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، ١٣٥٨هـ.
١٤٠. ----------- : ***الأم*** ، بيروت ، دار المعرفة ، تصوير.
١٤١. محمد بن الحسن الشيبانى : ***الأصل والجامع الكبير*** ، ١٩٨هـ.
١٤٢. محمد بن العماد المصرى : ***كشف السرائر فى معنى الوجوه والأشباه والنظائر*** ، تحقيق : فؤاد عبد المنعم.
١٤٣. محمد بن حمدين أبو يوسف المكنى بأبى سعد وقيل أبو سعيد : ***الأشراف فى شرح أدب القضاء*** .
١٤٤. محمد بن على بن محمد الشوكانى: ***إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول***، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، ١٣٥٦ هـ.
١٤٥. محمد تقى الحكيم : ***الأصول العامة للفقه المقارن*** .
١٤٦. محمد زكريا البرديسى: ***أصول الفقه***، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٨٣.
١٤٧. محمد زكى الدين إبراهيم : ***المؤتمر العام لتطبيق الشريعة الإسلامية***، مطبوعات العشيرة المحمدية.
١٤٨. محمد سلام مدكور : ***المدخل للفقه الإسلامى***، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
١٤٩. محمد شوقى السيد : ***التعسف فى استعمال الحق ، معياره وطبيعته فى الفقه والقضاء***، ١٩٧٩.

١٥٠. محمد عبد الرحمن المحلاوى : ***تسهيل الوصول إلى علم الأصول*** .
١٥١. محمد عبد الكريم الشهر ستانى: ***الملل والنحل*** ، المطبعة الأدبية ، الطبعة الأولى، القاهرة ، ١٣١٧هـ.
١٥٢. محمد مصطفى شلبى : ***تعليل الأحكام أصول الفقه الإسلامى*** ، الطبعة الأولى، ، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧٤.
١٥٣. علم الدين محمد ياسين بن عيسى الفادانى : ***الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية على الفرائد البهية*** ، الطبعة الثانية ، مطبعة حجازى ، القاهرة.
١٥٤. محمد مرتضى الزبيدى : ***تاج العروس من جواهر القاموس*** ، بيروت، مكتبة الحياة .
١٥٥. ---------- : ***إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين،*** الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت.
١٥٦. مصطفى أحمد الزرقا : ***الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد*** ، المدخل الفقهى العام ، مطبعة دمشق ، ١٩٥٩.
١٥٧. ---------- : ***المدخل الفقهى العام*** ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٨٣.
١٥٨. مصطفى خفاجي : ***صفوة الكلام فى أصول الأحكام*** ، الطبعة الثانية .
١٥٩. ***معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام*** ، الطبعة الثانية مطبعة البابى الحلبى ، مصر ، ١٣٩٣هـ.
١٦٠. أحمد بن أبى سعيد الأميتهوى ملاجيون : ***نور الأنوار شرح المنار*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصر ، مطبوعة مع كشف الأسرار فى شرح المنار ، ١١٣٠هـ.
١٦١. منلا خسرو : ***المرآة مع المرقاة.***
١٦٢. ----------: ***حاشية الإزميرى*** ، دار الطباعة العامرة، ١٣٠٧هـ.
١٦٣. ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوى : ***نهاية السول فى شرح مناهج الأصول*** ، عالم الكتب .
١٦٤. نصر الهورينى : ***شرح ديباجة القاموس*** ، صورة بمكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة.
١٦٥. وكيع بن حيان : ***أخبار القضاة*** ، عالم الكتب ، بيروت.
١٦٦. يوسف قاسم : ***أصول الأحكام الشرعية*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨.

و – المؤلفات والأبحاث القانونية :

١٦٧. أبو اليزيد على المتيت: ***البحث العلمى عن الجريمة***، الإسكندرية،١٩٨٠.
١٦٨. أحمد أمين : ***شرح قانون العقوبات الأهلى*** ، ١٩٢٤.
١٦٩. أحمد الألفى : ***شرح قانون العقوبات الليبى ، القسم العام*** ، ١٩٦٩.
١٧٠. أحمد حشمت أبو ستيت ، عبد الرازق السنهورى : ***أصول القانون*** ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٨٣ .
١٧١. أحمد سلامة : ***المدخل لدراسة القانون*** ، ١٩٧٥.
١٧٢. أحمد صفوت: ***مقدمة القانون***، الطبعة الثانية، مطبعة القاهرة،١٩٣٢.
١٧٣. ----------- : ***مقدمة قانون العقوبات*** ، القسم العام ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.
١٧٤. أحمد عبد العزيز الألفى: ***شرح قانون العقوبات،*** القسم العام، ١٩٧٦.
١٧٥. ----------- : ***شرح قانون العقوبات الليبى القسم العام*** ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٩.
١٧٦. أحمد عمرو سعد : ***مقدمة فى القانون*** .
١٧٧. أحمد فتحى زغلول : ***المحاماة*** ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٠٠.
١٧٨. أحمد فتحى سرور : ***الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية*** ، الطبعة السابعة ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٩٣ .
١٧٩. ----------- : ***أصول قانون العقوبات ، القسم العام*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ .
١٨٠. -----------: ***النقض فى المواد الجنائية***، طبعة نادى القضاة، ١٩٩٨.
١٨١. أحمد محمود سعد : ***مقدمة فى نظرية القانون*** ، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
١٨٢. إسماعيل سالم عبد العال : ***تفسير النصوص وآيات القصاص والديات***، مكتبة النصر ، ١٩٩٤.
١٨٣. أشرف توفيق شمس الدين ***: أصول اللغة القضائية*** ، مطبعة جامعة حلوان ، ١٩٩٨
١٨٤. ----------- : ***ماهية الفعل محل التجريم فى قضاء المحكمة الدستورية العليا*** ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر العلمى لكلية الحقوق - جامعة حلوان عن موضوع " دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى "، مارس ١٩٩٨ .
١٨٥. أنطوان قسيس : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية .
١٨٦. السعيد مصطفى السعيد : ***الأحكام العامة فى قانون العقوبات*** ، الطبعة الثالثة ، دار المعارف ١٩٥٧.

١٨٧. بدران أبو العينين بدران : ***بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه***، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٢.
١٨٨. توفيق حسن فرج : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، مؤسسة الثقافة الجامعية،١٩٨١ .
١٨٩. ثروت عبيد : ***مبادئ القسم من التشريع العقابى*** ، ١٩٦٦ .
١٩٠. جلال العدوى : ***الإجبار القانونى على المعارضة*** ، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٦٥ .
١٩١. جلال ثروت : ***النظرية العامة لقانون العقوبات*** ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية.
١٩٢. جميل الشرقاوى : ***دروس فى أصول القانون*** ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢.
١٩٣. حسام الأهوانى : ***القضاء كمصدر واقعى للقاعدة القانونية فى مصر***، ١٣١٨ هـ ، مؤتمر حول بعض الجوانب القانونية المعاصرة فى مصر.
١٩٤. حسن صادق المرصفاوى : ***قانون العقوبات، القسم الخاص***، ١٩٧٨.
١٩٥. ----------- : ***قانون العقوبات تشريعاً وقضاء فى مائة عام***، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩.
١٩٦. حسن كيرة : ***أصول القانون*** ، دار المعارف ، ١٩٥٨.
١٩٧. ----------- : ***المدخل إلى القانون*** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٧٤ .
١٩٨. حسن محمد أبو السعود: ***قانون العقوبات المصرى، القسم الخاص***، ١٩٥١.
١٩٩. حمدى عبد الرحمن : ***المدخل إلى القانون*** ، ١٩٧٧.
٢٠٠. رؤوف عبيد : ***جرائم التزييف والتزوير***، مطبعة عين شمس، ١٩٧٩.
٢٠١. ----------- : ***ضوابط تسبيب الحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق.***
٢٠٢. رمزى سيف : ***الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية***، الطبعة الثامنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ .
٢٠٣. رمسيس بنهام: ***النظرية العامة للقانون الجنائى***، الطبعة الثالثة،١٩٧.
٢٠٤. ----------- : ***الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً*** ، الإسكندرية ، ١٩٧٧
٢٠٥. رياض شمس : ***حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر*** ، ١٩٤٧.

٢٠٦. سعيد الصادق : ***المنهج القانونى فى الولايات المتحدة وفى جمهورية مصر العربية*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ .
٢٠٧. سليمان الطماوى : ***النظرية العامة للقرارات الإدارية*** ، الطبعة الثالثة، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٢٠٨. سليمان مرقص : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، الطبعة الثالثة ، دار النشر الجامعات المصرية ، ١٩٦١ .
٢٠٩. سمير الجنزورى : ***الغرامة الجنائية ، مقارنة فى الطبيعة القانونية للغرامة وقيمتها العقابية*** ، ١٩٦٧ .
٢١٠. سمير تناغو : ***النظرية العامة للقانون*** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٧٤.
٢١١. شفيق شحاته : ***التاريخ العام للقانون فى مصر القديمة والحديثة*** ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٢.
٢١٢. ---------- : ***تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصر منذ عهد محمد على*** ، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٦١ .
٢١٣. شمس الدين الوكيل: ***المدخل لدراسة القانون– القاعدة القانونية***،١٩٦٢ .
٢١٤. صبحى المحمصانى : ***النظرية العامة للموجبات والعقود***، دار العلم للملاين ، بيروت ، ١٩٧٨ .
٢١٥. ---------- : ***فلسفة التشريع الإسلامى*** ، الطبعة الخامسة ، دار العلم للملاين ، بيروت ، ١٩٨٠ .
٢١٦. طاهر حموده : ***دراسة المعنى عند الأصوليين*** ،الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع .
٢١٧. عبد الحى حجازى : ***المدخل لدراسة العلوم القانونية*** ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .
٢١٨. عبد الرءوف مهدى : ***شرح القواعد العامة لقانون العقوبات*** ، منشأة المعارف ، ١٩٨٣ .
٢١٩. عبد الرازق السنهورى ، أحمد حشمت أبو ستيت : ***أصول القانون*** ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٤٦.
٢٢٠. عبد الفتاح حسن: ***التفويض فى القانون الإدارى وعلم الإدارة العامة***.
٢٢١. عبد الفتاح عبد الباقى : ***نظرية القانون*** ، الطبعة الرابعة ، مطابع دار الكتاب العربى ، ١٩٦٥.
٢٢٢. عبد الفتاح مصطفى الصيفى : ***القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائى المعاصر***، دار النهضة العربية، ١٩٦٧ .

٢٢٣. ----------- : ***شــرح قانون العقوبات الليبى ، القســم الخاص جرائم الاعتداء على أمن الدولـة وعلى الأموال***، طبعة بيروت ، ١٩٧٣.
٢٢٤. ----------- : ***قانون العقوبات اللبنانى ، جرائم الاعتداء على أموال الدولة*** ، بيروت ١٩٧٣.
٢٢٥. عبد اللطيف عبد الله البرزنجى : ***التعارض والترجيح*** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ .
٢٢٦. عبد المنعم البدراوى : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، ١٩٦٦.
٢٢٧. ----------- : ***مبادئ القانون*** ، ١٩٧٠ .
٢٢٨. عبد الناصــر توفيق العطار : **تطبيق الشــريعة الإســلامية فى العالم الإسلامى** ، مطبعة السعادة .
٢٢٩. ----------- : ***نظرية القانون*** ، ١٩٧٠.
٢٣٠. عبد الودود يحى: ***دروس فى مبادئ القانون***، دار النهضـــة العربيـة، ١٩٧٧.
٢٣١. عبد الوهاب حومد : ***دراســات متعمقة فى الفقه الجنائى المقارن*** ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣.
٢٣٢. عبده حسن الزيات : ***المدخل لدراسة القانون*** ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، ١٩٣٧ .
٢٣٣. عثمان سعيد عثمان: ***استعمال الحق كسبب للإباحه***، القاهرة ، ١٩٦٨.
٢٣٤. على بدوى : ***الأحكام العامة فى القانون الجنائى*** ،١٩٣٨.
٢٣٥. على راشــد : ***المدخل وأصــول النظرية العامة فى القانون الجنائى*** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ،١٩٧٤.
٢٣٦. ----------- : ***المفهوم الاجتماعى للقانون الجنائى المعاصــر*** ، بغداد ، ١٩٦٨.
٢٣٧. ----------- : ***مبادئ القانون الجنائى ، نظرية القانون الجنائى***، مكتبة وهبة .
٢٣٨. ----------- : ***موجز القانون الجنائى*** ، ١٩٥٥ .
٢٣٩. ----------- : ***نظرية القانون الجنائى الاجتماعى والمفهوم الاجتماعى للقانون الجنائى المعاصــر*** ، بغداد ، ١٩٦٧-١٩٦٨.
٢٤٠. على راشد ، يسرى أنور على: ***شرح النظريات العامة للقانون الجنائى***، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.
٢٤١. عوض محمد عوض : ***الجانى والمجنى عليه فى جريمة المواقعة***، بنى غازى .

٢٤٢. ----------- : ***دراســات فى الفقه الجنائى الإســلامى***، الإســكندرية ، ١٩٧٧ .
٢٤٣. ----------- : ***قانون العقوبات القسـم العام*** ، مؤسـسـة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٨٣ .
٢٤٤. ----------- : ***مهمة المشرع العربى فى ضوء النصوص الدستورية التى تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع*** .
٢٤٥. ----------- : ***القســم الخــاص جرائم الأشــخــاص والأموال*** ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤ .
٢٤٦. مأمون ســلامة: ***حدود ســلطة القاضــى الجنائى فى تطبيق القانون***، ١٩٧٥.
٢٤٧. ----------- : ***قانون العقوبات ، القســم العام*** ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٤.
٢٤٨. ماهر أبو العينين : ***دور القاضى فى تفسير تطبيق التشريع ، الانحراف التشريعى والرقابة على دستورية*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
٢٤٩. محمد إبراهيم زيد : ***قانون العقوبات المقارن ، القســم الخــاص*** ، الإسكندرية ، ١٩٧٤.
٢٥٠. محمد المصـرى، عبد الحميد الشـواربى: ***دستورية القوانين فى ضـوء أحكام المحكمـة الدســتورية العليا***، ١٩٧٩ – ١٩٨٥.
٢٥١. محمد حامد فهمى : ***النقض فى المواد المدنية والتجارية*** ، ١٩٧٣ .
٢٥٢. محمد حمد الهوشــان : ***مقدمة دراســة علم الأنشــطة*** ، الطبعة الأولى ، جامعة الرياض ، ١٩٧٥ .
٢٥٣. ----------- : ***قانون العقوبات القسم العام*** ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ .
٢٥٤. محمد سـليم العوا : ***تفســير النصــوص الجنائية*** ، دراسـة مقارنة ، دار عكاظ للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٨.
٢٥٥. محمد على عرفة : ***مبادئ العلوم القانونية*** ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٦.
٢٥٦. محمد على عمران، وحسين النورى: ***مبادئ العلوم القانونية***، ١٩٨٩.
٢٥٧. محمد كامل مرسى ، سيد مصطفى : ***أصول القوانين مع تطبيقات من القــانون المصــرى وبعض القوانين الأخرى*** ، ١٩٢٣.

٢٥٨. محمد محمد عصـــفور : ***مذا هب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع*** ، ١٩٥٧.
٢٥٩. محمد محمد منصور سلطان : ***وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية***.
٢٦٠. محمد وجدى عبد الصـــمد: ***الاعتذار بالجهل بالقانون***، عالم الكتب، ١٩٧٢.
٢٦١. محمود إبراهيم إسـماعيل : ***شـرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات*** ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربى ، ١٩٥٩.
٢٦٢. ----------- : ***شرح قانون العقوبات المصرى فى جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير*** ، الطبعة الثالثة .
٢٦٣. محمود جمال الدين زكى : ***دروس فى مقدمة الدراسـات القانونية*** ، دار مطابع الشعب ، ١٩٦٤.
٢٦٤. محمود محمود مصطفى : ***شرح قانون العقوبات ، القسم العام*** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ .
٢٦٥. -----------: ***الجرائم الاقتصادية***، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٦٣.
٢٦٦. محمود نجيب حسنى : ***الجرائم المضرة بالمصلحة العامة*** ، القسم العام ، ١٩٧٧.
٢٦٧. ----------- : ***النظرية العامة للقصد الجنائى*** ، دراسـة تأصـيلية مقارنة للركن المعنوى فى الجرائم العمدية ، دار النهضـة العربية ، ١٩٧٨.
٢٦٨. ----------- : ***شـرح قانون الإجراءات الجنائية ، القسـم العام*** . الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.
٢٦٩. ----------- : ***شرح قانون العقوبات ، القسم العام*** . الطبعة السادسـة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩.
٢٧٠. ----------- : ***شـرح قانون العقوبات اللبنانى ، القسـم العام*** ، بيروت ، الطبعة الثانية، ١٩٧٥.
٢٧١. مصـطفى مجدى هرجة : ***التعليق على قانون العقوبات فى ضـوء الفقه والقضاء*** ، الطبعة الثانية .
٢٧٢. منصـور مصـطفى منصـور : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، نظرية القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة .
٢٧٣. نعمان خليل جمعة: ***المدخل لدراســـة القانون***، دار النهضـــة العربية، ١٩٧٨.
٢٧٤. نعيم عطية : ***النظرية العامة للحريات الفردية*** ، ١٩٦٤.
٢٧٥. هشام القاسم : ***المدخل إلى علم الحقوق***، مطبعة الإنشاء، دمشق، ١٩٦٥.

٢٧٦. هلالى عبد اللاه أحمد : ***شـرح قانون العقوبات ، القسـم العام*** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
٢٧٧. ----------- : ***هل تسـبيب الأحكام فى المواجد الجنائية لزوم ما لا يلزم ؟*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
٢٧٨. يســرى أنور على : ***شـرح النظريات العامة للقانون الجنائى*** ، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.

ز - الرسائل العلمية :

٢٧٩. أحمد محمد خليفة : النظرية العامة للتجريم ، ***رسـالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٩ .
٢٨٠. حسن قرنى على خضر : التنصيص على الجريمة والعقاب فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالقانون الوضعى المصرى ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، فرع بنى سويف ، ١٩٩٣.
٢٨١. رفاعى سيد سعد : تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، فرع بنى سـويف ، الناشـر لجنة المطبوعات بكلية الطب البيطرى ، جامعة القاهرة ،١٩٩٠.
٢٨٢. عادل عازر : النظرية العامة فى ظروف الجرائم ، ***رسـالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٦ .
٢٨٣. عمر الدسوقى أبو الحسين فضل: أسس الحكم فى المواد الجنائية، ***رسالة دكتوراه غير منشورة***، جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
٢٨٤. فهد بن عبد الهادى أبو الأجفان : الإجبار القانونى على المعارضـة. ***رسـالة ماجسـتير غير منشـورة*** ، جامعة الإمام محمد بن مسـعود الإسـلامية ، المكتب المصـرى الحديث للطباعة والنشر ، ١٤٠٤ .
٢٨٥. كمال الجوهرى : القصور التشريعى ، سلطة القاضى الجنائى ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة.***
٢٨٦. محمد أديب صالح : تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، طبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٤.
٢٨٧. محمد زكى أبو عامر : ***شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى*** ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة .

٢٨٨. محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، مطبعة وزارة الأوقاف العراقية ، المكتبة الوطنية ، ببغداد ، ١٩٨٢.
٢٨٩. محمد صبرى السعدى : تفسير النصوص فى القانون الخاص ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٧.
٢٩٠. محمد محمد منصور: وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقاتها ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة الإسكندرية .
٢٩١. مديحة على عبد الحافظ : الطرق المثبتة للعلة فى الوصف الجامع : ***رسالة ماجستير غير منشورة*** ، كلية البنات ، جامعة الأزهر ، ١٩٧٩.
٢٩٢. مراد رشدى فريد : النظرية العامة للاختلاس ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، القاهرة ، ١٩٧٦.
٢٩٣. مصطفى جمال الدين : القياس حقيقة وحجيته ، ***رسالة ماجستير غير منشورة*** .

<u>ح - المقالات والدوريات :</u>

٢٩٤. إبراهيم شحاتة : اجتهاد القاضى نظرة مقارنة ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، العدد الثانى ، السنة الرابعة، يوليو١٩٦٢.
٢٩٥. أحمد حشمت أبو ستيت : أبحاث فى أصول القوانين ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، السنة الخامسة ، العدد السادس،١٩٣٥.
٢٩٦. أحمد كمال أبو المجد : الدور الإنشائى للقضاء الإدارى بين الواقعية الشكلية والمذاهب الموضوعية فى القانون، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، ١٩٦٢.
٢٩٧. ثروت أنيس الأسيوطى : المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية، ***مجلة مصر المعاصرة*** ، يناير ١٩٦٩ .
٢٩٨. جلال العدوى : القانون والاجتماع الإنسانى ، ***مجلة كلية الحقوق*** ، جامعة الإسكندرية، السنة ١٥، العددان الثالث والرابع ، ١٩٧٠ .

٢٩٩. جلال ثروت : مشـــكلة المنهج فى قانون العقوبات ، ***مجلة الحقوق*** ، السـنـة١٣، العـددان الأول والثـانى ، ١٩٦٣-١٩٦٤.
٣٠٠. حســنين عبيد : فكرة المصــلحة فى قانون العقوبات ، ***المجلة الجنائية القومية*** ، النظرية العامة للظروف المخففة ، المجلد السابع عشر ، العدد السابع عشر ، العدد الثانى ، يوليو ١٩٧٤.
٣٠١. رمسيس بنهام : فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للتجريم والعقاب ، ***مجلة الحقوق*** ، جامعة الإسكندرية ١٩٥٢ – ١٩٥٤ .
٣٠٢. عادل عازر : مفهوم المصــلحة القانونية، ***المجلة الجنائية القومية*** ، المجلد الخامس، العدد الثالث ، نوفمبر، ١٩٧٢.
٣٠٣. عبد الأحد جمال الدين : تفسير النصوص الجنائية ، ***مجلة الأمن العام***، العدد ٨١ .
٣٠٤. ---------- : الشرعية الجنائية ، ***مجلة العلوم القانونية*** ، السنة ١٦، العدد الثانى ، يوليو ١٩٧٤ .
٣٠٥. عبد الحميد متولى : مصادر الأحكام الدستورية فى الشريعة ، ***مجلة الحقوق***، الإسكندرية، العدد الأول والثانى، ١٩٦١.
٣٠٦. عبد الرازق السـنهورى : مخالفة التشــريع للدســتور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، ***مجلة مجلس الدولة*** ، السنة الثالثة ، يناير ١٩٥٢
٣٠٧. عبد المنعم عبد العظيم جبرة: دور القاضى فى وضع القواعد القانونية، ***مجلة العدالة*** ، دولة الإمارات العربية المتحدة، عدد ١٩، السنة السادسة، نيسان ١٩٧.
٣٠٨. عبد الوهاب العشماوى: تفسير القضاء للنصوص بالتشريعات الجنائية، ***مجلة الأمن العام***، العدد ١٠٧، ١٩٨.
٣٠٩. عبد الوهاب خلاف : تفسير النصوص الجنائية وتأويلها ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، السنة ١٨.
٣١٠. على راشد : أهمية الدراسات الفلسفية فى القانون الجنائى ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، السنة ١٥ ، العدد الأول ، يناير ١٩٧٣ .

٣١١. عمر عبد الله : القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشـرعية ، ***مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية*** ، السنة الثالثة، العدد الرابع ، أكتوبر - ديسمبر ١٩٤٨.
٣١٢. عوض محمد عوض : القصـد الجنائى فى تزوير المحررات ، ***مجلة الحقوق*** ، العدد الثانى ،١٩٧٠ .
٣١٣. فوزية عبد الستار : النموذج القانونى للجريمة ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، جامعة عين شمس ، العدد الأول ، السنة الرابعة عشر ، يناير ١٩٧.
٣١٤. مأمون سلامة : جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة فى ضوء المنهج الغائى ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، العدد الأول، السنة ٣٩.
٣١٥. محمد سليم العوا : مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن ، ***المجلة العربية للدفاع الاجتماعى*** ، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة ، العدد السابع ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
٣١٦. -----------: ***النظام السياسى للدولة الإسلامية*** ، الطبعة الثالثة، المكتب المصرى الحديث، القاهرة، ١٩٧٩.
٣١٧. ----------- : ***خطة مقترحة لتوحيد التشريعات الجنائية العربية*** ، ورقة عمل أعدت بتكليف من المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة للعرض على المؤتمر الثانى لوزراء العدل العرب، ١٩٧٩.
٣١٨. ----------- : ***أصول النظام الجنائى الإسلامى*** ، دار المعارف، القاهرة ، ١٩٧٩
٣١٩. محمد مصطفى شلبى : الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ،***مجلة الحقوق*** ، العددان الأول والثانى ، السنة التاسعة، ١٩٥٩ – ١٩٦٠.
٣٢٠. محمد نور فرحات : الوضعية والفصل بين القانون والأخلاق ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، ١٩٦٧.
٣٢١. محمد وجدى عبد الحق : محكمة النقض ، ***مجلة القضاء*** ، يناير - يونيو ١٩٨٤.
٣٢٢. محمد وجدى عبد الصمد : العلاج النفسى فى القانون ، ***المجموعة الرسمية*** ، السنة ٦١.
٣٢٣. محمود عاطف البنا : الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، ١٩٧٨.

٣٢٤. محمود نجيب حسني : ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، عدد خاص ، العيد المئوى لكلية الحقوق ، ١٩٨٣ .
٣٢٥. مصطفى فرغلى الشقيرى : القضاء المصرى وقضية تطبيق الشريعة الإسلامية ، ***مجلة القضاة*** ، السنة الثالثة ، العددان الثالث والرابع ، مارس - إبريل ١٩٨.

قائمة المراجع[١]

<u>أولاً : قائمة مراجع باللغة العربية :</u>

<u>أ – علوم القرآن الكريم :</u>

٣٢٦. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى : ***الجامع لأحكام القرآن***، الطبعة الثالثة، دار الكتب المصرية، ١٩٦٦.

٣٢٧. أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى : ***أحكام القرآن***، تحقيق : على محمد البجاوى ، دار الفكر.

٣٢٨. إسماعيل سالم عبد العال : ***تفسير النصوص وآيات القصاص والديات***، مكتبة النصر، ١٩٩٤.

٣٢٩. ***الأشباه والنظائر فى تفسير القرآن العظيم*** ، تحقيق ودراسة : عبد الله محمود شحاته.

٣٣٠. الراغب الأصفهانى : ***مقدمة التفسير لأبى القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهانى ، مع تنزيه القرآن عن المطاعن للقاضى عبد الجبار*** ، مطبعة الجمالية، ١٣٢٩هـ.

٣٣١. محمد حسين الذهبى : ***التفسير والمفسرون*** ، مكتبة وهبة ، ١٩٩٥.

<u>ب ـ كتب الحديث الشريف :</u>

[١] أثبتنا المراجع بالترتيب الأبجدى بحسب اسم المؤلف وذلك تسهيلاً للقارئ فى العثور على الإشارة الكاملة لأى من هذه المراجع . ومن ثم فقد اضطررنا إلى حذف الألقاب العلمية للمؤلفين اكتفاءاً بذكر هذه الألقاب عند إثبات الإشارات فى متن الرسالة . كما أننى لم اثبت فى هذه القائمة المراجع التى لم أرجع إليها كثيراً اكتفاءاً بالإشارات الداخلية عنها بالرسالة .

٣٣٢. أبو السعادات مبارك ابن الأثير ***: النهاية فى غريب الحديث*** ، تحقيق: محمود محمد الطناحى ، طاهر أحمد الزواوى ، مطبعة عيسى البابى الحلبى ، مصر ، ١٩٦٢ .

٣٣٣. أبو بكر أحمد البيهقى : **السنن الكبرى ومعه الجوهر النقى** ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٤ هـ. صورة بمكتبة كلية الحقوق- جامعة القاهرة .

٣٣٤. أبو داود : ***سنن أبو داود بشرحه بذل المجهود*** ، الهند ، ١٣٩٢هـ . صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٣٣٥. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى : ***سنن النسائى بشرح السيوطى وحاشية السندى*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة المصرية ، ١٩٣٠ .

٣٣٦. أبو عبد الله محمد بن على المازرى ***: المعلم بفوائد مسلم*** ، تحقيق : محمد الشاذلى النيفر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧ ، صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٣٣٧. أبو عيسى بن موسى بن سورة الترمذى : ***جامع الترمذى بشرح تحفة الأحوذى للمباركفورى*** ، ضبط غريبه وراجع أصوله : عبد الرحمن محمد عثمان، القاهرة ، مطبعة الفجالة الجديدة.

٣٣٨. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى : ***صحيح البخارى مع شرح الكرمانى*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة المصرية ، ١٩٣٢م.

٣٣٩. على بن عمر الدارقطنى : ***سنن الدارقطنى* بشرحه التعليق المغنى للعظيم آبادى** ، تحقيق : عبد الله هاشم يمانى المدنى ، القاهرة ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ١٩٦٦ .

٣٤٠. محمد بن حجر العسقلانى الشافعى : ***تهذيب تهذيب*** ، مطبعة عيسى البابى الحلبى، مصر.

٣٤١. ---------- : ***فتح البارى بشرح صحيح البخارى*** ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، ومصطفى محمد الهوارى ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٩٧٨ .

٣٤٢. محمد عبد الرؤوف المناوى : ***فيض القدير شـــرح الجامع الصـــغير*** ، الطبعـة الثـانيـة ، بيروت ، دار المعرفـة للطبـاعـة والنشر، ١٩٧٢ .

٣٤٣. محمد عبد الرحيم محمد : ***التفسير النبوى خصائصه ومصادره*** ، مكتبة الزهراء ، ١٩٩٢.

جـ – اللغة والمعاجم والتراجم التاريخية :

٣٤٤. أبو الفضـــل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور : ***لســـان العرب*** ، بيروت ، ١٩٥٦، صـــورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

٣٤٥. أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشرى : ***أساس البلاغة*** ، تحقيق : عبد الرحيم محمود ، مطبعة دار الكتب المصرية.

٣٤٦. أبو بكر بن أحمد بن قاضـــى شـــهبة ***: طبقات الشـافعية الكبرى*** ، تحقيق عبـد العليم الصـــديقى ، الهنـد ، دائرة المعـارف العثمانية ، نسخة مصورة ، مكتبة كليات الأزهر.

٣٤٧. أبو الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى : ***شـــذرات الذهب فى أخبار من ذهب***، دار الميسرة ، بيروت.

٣٤٨. الخطيب : ***تاريخ بغداد***، بيروت.

٣٤٩. الفيومى : ***المصباح المنير*** .

٣٥٠. محمود حامد عثمان : ***القاموس القويم فى اصطلاحات الأصوليين*** ، دار الحديث ، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.

٣٥١. ***المعجم الفلسفى*** ، تصنيف لجنة من العلماء، بيروت.

٣٥٢. مجمع اللغة العربية المصرى: ***المعجم الوجيز***، الطبعة الأولى، ١٩٨.

٣٥٣. خير الدين الزركلى : ***الأعلام*** ، الطبعة الثالثة ، بيروت.

٣٥٤. شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى: ***الضوء اللامع لأهل القرن التاسع***، القاهرة، مكتبة القدس، ١٣٥٤هـ.

٣٥٥. عمر بن عبد العزيز بن مازة البخارى الصـــدر الشـــهيد: ***شـــرح أدب القاضـــى للخصـــاف***، الطبعة الأولى، تحقيق: محيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، ١٩٨٠.

٣٥٦. ***كتاب الحجة على أهل المدينة*** ، ترتيب وتصـحيح و تعليق السـيد مهدى حسن الكيلانى، الهند، حيدر آباد، ١٩٦٨، تصوير بيروت، عالم الكتب.

٣٥٧. ***كشاف اصطلاحات الفنون***، بيروت.
٣٥٨. محمد بن أبو بكر الرازى : ***مختار الصحاح*** ، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية ، ١٣٥٥هـ.
٣٥٩. نديم مرعشلى وأسامة مرعشلى : ***الصحاح فى اللغة*** ، بيروت ، دار الحضارة العربية .

د - الفقه الإسلامى وأصوله :

٣٦٠. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم الحنبلى بن المفلح : ***المبدع شرح المقنع*** ، الطبعة الأولى ، بيروت ، المكتب الإسلامى ، ١٩٨٠ .
٣٦١. أبو إسحق إبراهيم بن موسى اللخمى الشهير بالشاطبى : ***الموافقات فى أصول الأحكام*** ، تحقيق : محمد محى الدين عبد الحميد ، المطبعة السلفية بمصر ، ١٣٤٣.
٣٦٢. ----------- : ***الموافقات فى أصول الشريعة*** ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .
٣٦٣. أبو الحسن على بن حبيب الماوردى : ***الأحكام السلطانية*** ، دار الفكر، ١٩٦٦.
٣٦٤. أبو الحسن على سيف الدين الآمدى: ***الإحكام فى أصول الأحكام***، دار الكتب الخديوية، مطبعة المعارف، مصر، ١٣٣٢هـ.
٣٦٥. أبو الفضل مسلم بن على الدمشقى المالكى : ***الفروق الفقهية*** ، الطبعة الأولى، دراسة وتحقيق : محمد أبو الأجفان وحمزة أبو فارس، دار العرب الاسلامى، بيروت، ١٩٩٢.
٣٦٦. أبو المعالى عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الشافعى الجوينى : ***الغيثانى*** ، تحقيق : عبد العظيم الديب ، الطبعة الأولى ، قطر ، الشئون الدينية.
٣٦٧. أبو المناقب شهاب الدين الزنجانى : ***تخريج الفروع على الأصول*** ، تحقيق : محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الخامسة ، ١٩٨٤.
٣٦٨. أبو الوليد محمد بن رشد : ***المقدمات الممهدات*** ، تحقيق : محمد حجى سعيد أحمد أعراب ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٨٨.

٣٦٩. أبو بكر محمد بن أحمد السرخسى : ***أصول السرخسى*** ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغانى ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، ١٣٧٢هـ .
٣٧٠. أبو بكر وأبو عثمان بن سعد ابن هاشم : ***الأشباه والنظائر من إشعار المتقدمين والجاهلين والمخضرمين*** ، تحقيق وتعليق : السيد محمد يوسف ، القاهرة .
٣٧١. أبو حامد محمد بن محمد الغزالى : ***المستصفى من علم الأصول*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ببولاق ، ١٣٢٢هـ .
٣٧٢. أبو سعيد محمد بن محمد بن مصطفى الخادمى : ***مجامع الحقائق*** ، المطبعة العامرة ، ١٢٨٨هـ.
٣٧٣. أبو عبد الله عليش : ***تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام***، مطبوع على هامش فتح العلى المالك ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، ١٩٥٨م.
٣٧٤. أبو يوسف: ***الخراج***، الطبعة الرابعة، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٩٢هـ.
٣٧٥. أحمد أبو داود السجستانى: ***كتاب مسائل***، تقديم السيد رشيد رضا، بيروت.
٣٧٦. أحمد بن سعيد بن حزم : ***الإحكام فى أصول الأحكام*** ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة العاصمة القاهرة ، تصوير، ١٣٤٥هـ.
٣٧٧. أحمد بن محمد الحموى : ***غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر***، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار الطباعة العامرة ، ١٣٥٧ هـ.
٣٧٨. ابن أمير الحاج : ***التقرير والتحبير، شرح التحرير لابن الهمام*** ، المطبعة الأميرية، ١٣١٦هـ.
٣٧٩. ابن عبد البر : ***التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والأسانيد***، الطبعة الأولى، تحقيق: لجنة من العلماء، طبعة المغرب.
٣٨٠. ---------- : ***جامع بيان العلم وفضله*** .
٣٨١. ---------- : ***الذخائر الإشرافية فى ألغاز السادة الحنفية*** (مطبوع على حاشية شرح يونس الطانى على الكنز).
٣٨٢. أبو محمد بن غانم البغدادى : ***مجمع الضمانات فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان*** ، دار عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٧.

٣٨٣. الحجوى الثعالبى : ***الأشباه والنظائر*** .
٣٨٤. ------------ : ***تاريخ الفكر الإسلامى*** ، الرباط ، ١٣٤٥ هـ.
٣٨٥. الجاحظ : ***البيان والتبيين.***
٣٨٦. الحصاف : ***أدب القاضى بشرح الحصاص*** .
٣٨٧. الحصكفى : ***الدر المختار*** .
٣٨٨. الحمزاوى : ***الفوائد البهية*** .
٣٨٩. العجلونى : ***كشف الخفاء والإلباس.***
٣٩٠. ***العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية***
٣٩١. العلائى : ***المجموع المذهب فى قواعد المذهب*** ، صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .
٣٩٢. ***الفتاوى الحديثة*** ، الطبعة الثانية ، مصطفى البابى الحلبى ، ١٩٧٠.
٣٩٣. القاسم بن سلام : ***كتاب الأموال*** ، تحقيق : خليل هراس ، دار الشرق، مصر ،١٩٦٨ .
٣٩٤. الكرمانى : ***صحيح البخارى بشرح الكرمانى*** ، المطبعة المصرية الطبعة الأولى ، ١٩٣٢.
٣٩٥. الكلنبوى ***: البرهان***، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٤٧هـ .
٣٩٦. الكمال بن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن همام الدين السكندرى : ***فتح القدير شرح الهداية*** ، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق ، مصر ، ١٩٣٦ .
٣٩٧. المحلاوى : ***تسهيل الوصول*** .
٣٩٨. ***بدر الدين محمد بن بهادر الزركشى : المنثور فى القواعد*** ، تحقيق : تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الأولى، الكويت، مؤسسة الخليج للطباعة والنشر، ١٩٨٢. صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .
٣٩٩. المولولى محمد بن أعلى بن على التهانوى : ***كشاف اصطلاحات الفنون*** ، بيروت ، صورة بمكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة .
٤٠٠. بدر الدين محمد بن أبو بكر البكرى: ***الاستغناء فى الفروع والاستثناء***، صورة بمكتبة كلية الحقوق– جامعة القاهرة.
٤٠١. برهان الدين إبراهيم ابن فرحون : ***تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام .*** مطبوع بهامش فتح العلى المالك لأبى عبد الله عليش ، القاهرة ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .
٤٠٢. ابن عبد السلام : ***قواعد بن عبد السلام*** .

٤٠٣. تقى الدين أحمد بن تيمية : ***السياسة الشرعية ، الحسبة*** .
٤٠٤. ------------ : ***مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية*** ، الطبعة الأولى ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن محمد قاسم العاصمى الحنبلى وابنه محمد ، الرياض، ١٣٨١ هـ.
٤٠٥. تقى الدين محمد بن النجار الحنبلى : ***حاشية البنانى على جمع الجوامع فى شرح الكوكب المنير*** ، الطبعة الأولى، تحقيق : محمد الزحيلى ونزيه حماد ، من منشورات مركز البحث العلمى ، جامعة أم القرى، ١٩٨٧.
٤٠٦. جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى : ***الأشباه والنظائر فى النحو*** ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، القاهرة، شركة الطباعة الفنية ، ١٩٧٥.
٤٠٧. ----------- ***الأشباه والنظائر فى الفقه*** ، تحقيق وتقديم: محمد قطيع الحافظ، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر.
٤٠٨. --------: ***الحاوى للفتاوى***، دار الكتب العلمية، القاهرة، ١٩٧٥.
٤٠٩. ------------ : ***الجامع الصغير مع فيض القدير للمناوى*** .
٤١٠. جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى : **التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول** ، تحقيق : محمد حسن هيتو ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٠ .
٤١١. ------------ : ***شرح منهاج البيضاوى*** .
٤١٢. ------------ : ***طراز المحافل فى ألغاز المسائل*** .
٤١٣. جمال الدين محمود بن أحمد الحصيرى : ***القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير*** .
٤١٤. حسن العطار: ***حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع للسبكى*** ، المكتبة التجارية.
٤١٥. خير الدين الرملى : ***نهاية المحتاج*** .
٤١٦. ------------ : ***الفتاوى الخيرية لنفع البرية*** ، كتاب الجنايات .
٤١٧. ***درة الغواص فى محاضرة الخواص (ألغاز فقهية)***، تحقيق: محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ، مطبعة التقدم، القاهرة.
٤١٨. زكريا البرديسى : ***أصول الفقه***.
٤١٩. زين الدين عبد الرحمن شهاب الدين بن رجب : ***قواعد بن رجب*** .
٤٢٠. زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى : ***الأشباه والنظائر ، الطبعة الأولى***، تحقيق : محمد المطيع الحافظ ، دار الفكر، دمشق ، ١٩٨٣ .

٤٢١. سحنون بن سعيد التنوخي: ***المدونة الكبرى***، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٨.
٤٢٢. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى : ***شرح التلويح على التوضيح***، دار العهد الجديد للطباعة.
٤٢٣. ---------- : ***التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه*** . مطبعة محمد على صبيح ، ١٣٧٧هـ.
٤٢٤. شاه ولى الله أحمد الدهلوى : ***حجه الله البالغة***، دار الجيل للطباعة ، القاهرة ، ١٢٨٤ هـ.
٤٢٥. شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى : ***المقاصد الحسنة*** .
٤٢٦. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى : ***الفروق*** ، بيروت ، دار المعرفة للطباعة والنشر .
٤٢٧. ***طلبة الطلبة فى اصطلاحات الفقهاء***، المطبعة العامرة ، ١٣١١هـ.
٤٢٨. عباس متولى حمادة : ***أصول الفقه*** .
٤٢٩. عبد الحى الكندى : ***الفوائد البهية فى تراجم الحنفية*** .
٤٣٠. عبد الرحمن بن جاد الله البنانى : ***حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع***، مصر، الطبعة الأولى، مطبعة عيسى البابى الحلبى، ١٩١٣م.
٤٣١. عبد الرحمن بن خلدون: ***مقدمة ابن خلدون***، بيروت، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث العربى، لبنان ، تصوير.
٤٣٢. عبد العزيز البخارى : ***كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى*** ، بيروت .
٤٣٣. عبيد الله بن عمر الدبوسى : ***التوضيح وشرحه التلويح***. وتقديم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع، مخطوطة دار الكتب المصرية أصول البزدوى مع كشف الأسرار، صورة بمكتبة كلية الحقوق– جامعة القاهرة .
٤٣٤. عضد الدين الأبجى : ***مختصر ابن الحاجب*** ، مطبعة حسن حلمى الريزوى ، ١٣٠٧هـ .
٤٣٥. علاء الدين شمس النظر أبو بكر السمرقندى : ***ميزان الأصول فى نتائج العقول*** ، تحقيق وتعليق : محمد زكى عبد البر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٤.
٤٣٦. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى ***: كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام*** ، استانبول ، شكرة صحافية عثمانية ، ١٣٠٨هـ.

٤٣٧. على بن محمد الشـــريف الجرجانى : ***كتاب التعريفات*** ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣.
٤٣٨. على بن محمد المعروف بابن أبو العز الحنفى : ***التهذيب ذهن اللبيب***.
٤٣٩. على حيدر : ***درر الحكام شرح مجلة الأحكام*** ، تعريب : فهمى الحسينى ، مكتبة النهضة ، بيروت.
٤٤٠. على محمد بن الحسين البزدوى: ***أصول الفقه، مع شرحه كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى***، مكتبة الصنايع، ١٣٠٧هـ.
٤٤١. قدرى باشا : ***الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية*** .
٤٤٢. محمد أمين المعروف بأمير بادشــاه : ***تيســير التحرير شــرح على كتاب التحرير ، فى أصــول الفقه الجامع بين اصــطلاحى الحنفية والشـــافعية لابن الهمام*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، مصر، ١٣٥هـ.
٤٤٣. محمد أمين بن عابدين : ***العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية***.
٤٤٤. ----------- : ***رد المحتار على الدر المختار المعروف باسم حاشية ابن عابدين***، دار الفكر، تصوير، ١٩٧٩.
٤٤٥. محمد بن أبى بكر بن القيم الجوزية : ***إعلام الموقعين عن رب العلمين***، الطبعــة الأولى، تحقيق: محمــد محى الــدين عبــد الحميد ، مطبعة السعادة ، مصر، ١٩٥٥.
٤٤٦. محمد طاهر محمد خالد التاسى : ***شرح المجلة*** ، الطبعة الأولى ، مطبعة حمص، ١٩٣٠. صـــورة بمكتبــة كليــة الحقوق – جامعة القاهرة.
٤٤٧. موفق الدين عبد الله بن محمد المقدســـى بن قدامة : ***لمغنى*** ، تحقيق : محمود عبد الوهاب فايد ، القاهرة ، مطابع ســـجل العرب ، ١٩٧٠ .
٤٤٨. يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف : ***كتاب الآثار*** ، تصحيح وتعليق : أبو الوفا الأفغانى ، تصـــوير بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٣٥٥ هـ.

هـ – مؤلفات حديثة فى الفقه الإسلامى :

٤٤٩. اللجنة التحضـيرية لتقنين الشـريعة الإسـلامية : ***مشروع تقنين الشـريعة الإســـلامية على المذاهب الأربعة*** ، مجمع البحوث الإسلامية ، ١٩٧٤.
٤٥٠. بدران أبو العينين بدران : ***أصول الفقه*** ، دار المعارف ، ١٩٦٥ .

٤٥١. حسين حامد : *نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى* ، دار النهضة العربية، ١٩٧١.
٤٥٢. زكريا البرى : *أصول الفقه الإسلامى* ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، ١٩٧١.
٤٥٣. عبد الفتاح خضر : *النظام الجنائى أسسه العامة فى الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامى* ،١٩٨٢.
٤٥٤. عبد القادر عوده : *التشريع الجنائى الإسلامى*، طبعة نادى القضاة، ١٩٨٠.
٤٥٥. عبد الوهاب خلاف : *أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامى*، الطبعة السادسة ، ١٩٥٤.
٤٥٦. عبود السراج : *التشريع الجزائى المقارن فى الفقه الإسلامى والقانون السورى ، المبادئ العامة* ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٩٧٦.
٤٥٧. على أحمد الندوى : *القواعد الفقهية.. مفهومها.. نشاتها .. تطويرها .. دراسة مؤلفاتها .. مهمتها وتطبيقها*، الطبعة الثالثة ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٤.
٤٥٨. على حسب الله : *أصول التشريع الإسلامى* ، الطبعة السادسة ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٨٢.
٤٥٩. محمد أبو النور زهير : *أصول الفقه* ، دار التأليف ، مكتبة كلية الشريعة ، جامعة الأزهر.
٤٦٠. محمد الخضرى : *أصول الفقه* ، الطبعة الأولى ، مكتبة كلية الشريعة، جامعة الأزهر.
٤٦١. --------- : *تاريخ التشريع الإسلامى* ، مطبعة السعادة ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، ١٣٧٣ هـ.
٤٦٢. محمد الطاهر بن عاشور : *مقاصد الشريعة الإسلامية* ، تونس ، الشركة التونسية ، ١٩٧٨ .
٤٦٣. محمد الغزالى : **جدد حياتك** ، دار الشروق.
٤٦٤. محمد بن إدريس الشافعى: *الرسالة*، تحقيق: أحمد شاكر، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، ١٣٥٨هـ.
٤٦٥. ---------- : *الأم* ، بيروت ، دار المعرفة ، تصوير.
٤٦٦. محمد بن الحسن الشيبانى : *الأصل والجامع الكبير* ، ١٩٨هـ.
٤٦٧. محمد بن العماد المصرى : *كشف السرائر فى معنى الوجوه والأشباه والنظائر* ، تحقيق : فؤاد عبد المنعم.

٤٦٨. محمد بن حمدين أبو يوسف المكنى بأبى سعد وقيل أبو سعيد : ***الأشراف فى شرح أدب القضاء*** .
٤٦٩. محمد بن على بن محمد الشوكانى: ***إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول***، مطبعة مصطفى البابى الحلبى، ١٣٥٦ هـ.
٤٧٠. محمد تقى الحكيم : ***الأصول العامة للفقه المقارن*** .
٤٧١. محمد زكريا البرديسى: ***أصول الفقه***، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٨٣.
٤٧٢. محمد زكى الدين إبراهيم : ***المؤتمر العام لتطبيق الشريعة الإسلامية***، مطبوعات العشيرة المحمدية.
٤٧٣. محمد سلام مدكور : ***المدخل للفقه الإسلامى***، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.
٤٧٤. محمد شوقى السيد : ***التعسف فى استعمال الحق ، معياره وطبيعته فى الفقه والقضاء***، ١٩٧٩.
٤٧٥. محمد عبد الرحمن المحلاوى : ***تسهيل الوصول إلى علم الأصول*** .
٤٧٦. محمد عبد الكريم الشهرستانى: ***الملل والنحل*** ، المطبعة الأدبية ، الطبعة الأولى، القاهرة ، ١٣١٧هـ.
٤٧٧. محمد مصطفى شلبى : ***تعليل الأحكام أصول الفقه الإسلامى*** ، الطبعة الأولى، ، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧٤.
٤٧٨. علم الدين محمد ياسين بن عيسى الفادانى : ***الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية على الفرائد البهية*** ، الطبعة الثانية ، مطبعة حجازى ، القاهرة.
٤٧٩. محمد مرتضى الزبيدى : ***تاج العروس من جواهر القاموس*** ، بيروت، مكتبة الحياة .
٤٨٠. ---------- ***: إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين***، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت.
٤٨١. مصطفى أحمد الزرقا : ***الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد*** ، المدخل الفقهى العام ، مطبعة دمشق ، ١٩٥٩.
٤٨٢.---------- : ***المدخل الفقهى العام*** ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٨٣.
٤٨٣. مصطفى خفاجى : ***صفوة الكلام فى أصول الأحكام*** ، الطبعة الثانية .
٤٨٤. ***معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام*** ، الطبعة الثانية مطبعة البابى الحلبى ، مصر ، ١٣٩٣هـ.

٤٨٥. أحمد بن أبى ســعيد الأميتهوى ملاجيون : ***نور الأنوار شــرح المنار*** ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصــر ، مطبوعة مع كشـف الأســرار فى شــرح المنار ، ١١٣٠هـ.
٤٨٦. منلا خسرو : ***المرآة مع المرقاة***.
٤٨٧. ---------: ***حاشية الإزميرى***، دار الطباعة العامرة، ١٣٠٧هـ.
٤٨٨. ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوى : ***نهاية السول فى شرح مناهج الأصول*** ، عالم الكتب .
٤٨٩. نصر الهورينى : ***شـرح ديباجة القاموس*** ، صـورة بمكتبة كلية الحقوق جامعة القاهرة.
٤٩٠. وكيع بن حيان : ***أخبار القضاة*** ، عالم الكتب ، بيروت.
٤٩١. يوسف قاسم : ***أصول الأحكام الشرعية*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨.

و – المؤلفات والأبحاث القانونية :

٤٩٢. أبو اليزيد على المتيت: ***البحث العلمى عن الجريمة***، الإسكندرية،١٩٨٠.
٤٩٣. أحمد أمين : ***شرح قانون العقوبات الأهلى*** ، ١٩٢٤.
٤٩٤. أحمد الألفى : ***شرح قانون العقوبات الليبى ، القسم العام*** ، ١٩٦٩.
٤٩٥. أحمد حشـمت أبو سـتيت ، عبد الرازق السـنهورى : ***أصـول القانون*** ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٨٣ .
٤٩٦. أحمد سلامة : ***المدخل لدراسة القانون*** ، ١٩٧٥.
٤٩٧. أحمد صفوت: ***مقدمة القانون***، الطبعة الثانية، مطبعة القاهرة،١٩٣٢.
٤٩٨. ----------- : ***مقدمة قانون العقوبات*** ، القسم العام ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.
٤٩٩. أحمد عبد العزيز الألفى: ***شرح قانون العقوبات***، القسم العام، ١٩٧٦.
٥٠٠. ----------- : ***شرح قانون العقوبات الليبى القسم العام*** ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٩.
٥٠١. أحمد عمرو سعد : ***مقدمة فى القانون*** .
٥٠٢. أحمد فتحى زغلول : ***المحاماة*** ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٠٠.
٥٠٣. أحمد فتحى سـرور : ***الوسـيط فى قانون الإجراءات الجنائية*** ، الطبعة السابعة ، دار الطباعة الحديثة ، ١٩٩٣ .

٥٠٤. -----------: ***أصـــول قانون العقوبات ، القســـم العام*** ، دار النهضـــة العربية ، ١٩٧٢ .
٥٠٥. -----------: ***النقض فى المواد الجنـائية*** ، طبعة نادى القضاة، ١٩٩٨.
٥٠٦. أحمد محمود ســعد : ***مقدمة فى نظرية القانون*** ، دار النهضـــة العربية، ١٩٩٤.
٥٠٧. إسماعيل سالم عبد العال : ***تفسير النصوص وآيات القصاص والديات*** ، مكتبة النصر ، ١٩٩٤.
٥٠٨. أشــرف توفيق شــمس الدين : ***أصــول اللغة القضــائية*** ، مطبعة جامعة حلوان ، ١٩٩٨
٥٠٩. -----------: ***ماهية الفعل محل التجريم فى قضاء المحكمة الدستورية العليا*** ، دراســـة مقدمة إلى المؤتمر العلمى لكلية الحقوق - جـامعـة حلوان عن موضـــوع " دور المحكمـة الـدســتوريـة العليـا فى النظـام القـانونى المصرى "، مارس ١٩٩٨ .
٥١٠. أنطوان قســيس : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية .
٥١١. الســعيد مصــطفى الســعيد : ***الأحكام العامة فى قانون العقوبات*** ، الطبعة الثالثة ، دار المعارف ١٩٥٧.
٥١٢. بدران أبو العينين بدران : ***بيان النصــوص التشــريعية طرقه وأنواعه*** ، مؤســـســة شــباب الجامعة ، الإســكندرية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٢.
٥١٣. توفيق حســـن فرج : ***المـدخل للعلوم القـانونيـة*** ، مؤســـســـة الثقافة الجامعية،١٩٨١ .
٥١٤. ثروت عبيد : ***مبادئ القسم من التشريع العقابى*** ، ١٩٦٦ .
٥١٥. جلال العدوى : ***الإجبار القانونى على المعارضـــة*** ، المكتب المصـــرى الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٦٥ .
٥١٦. جلال ثروت : ***النظرية العامة لقانون العقوبات*** ، مؤســـســـة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية.
٥١٧. جميل الشــرقاوى : ***دروس فى أصــول القانون*** ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢.
٥١٨. حســام الأهوانى : ***القضــاء كمصــدر واقعى للقاعدة القانونية فى مصــر*** ، ١٣١٨ هـــ ، مؤتمر حول بعض الجوانب القانونية المعاصرة فى مصر.
٥١٩. حسن صادق المرصفاوى : ***قانون العقوبات، القسم الخاص***، ١٩٧٨.

٥٢٠. ----------- : *قانون العقوبات تشـــريعاً وقضـــاء فى مائة عام*، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩.
٥٢١. حسن كيرة : *أصول القانون* ، دار المعارف ، ١٩٥٨.
٥٢٢. ----------- : *المدخل إلى القانون* ، منشـــأة المعارف ، الإســـكندرية، ١٩٧٤ .
٥٢٣. حســن محمد أبو الســعود: *قانون العقوبات المصــرى، القســم الخاص*، ١٩٥١.
٥٢٤. حمدى عبد الرحمن : *المدخل إلى القانون* ، ١٩٧٧.
٥٢٥. رؤوف عبيد : *جرائم التزييف والتزوير*، مطبعة عين شمس، ١٩٧٩.
٥٢٦. ----------- : *ضــوابط تســبيب الحكام الجنائية وأوامر التصــرف فى التحقيق.*
٥٢٧. رمزى سيف : *الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية* ، الطبعة الثامنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ .
٥٢٨. رمسيس بنهام: *النظرية العامة للقانون الجنائى*، الطبعة الثالثة،١٩٧.
٥٢٩. ----------- : *الإجراءات الجنائية تأصــيلاً وتحليلاً* ، الإســكندرية ، ١٩٧٧
٥٣٠. رياض شمس : *حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر* ، ١٩٤٧.
٥٣١. ســعيد الصــادق : *المنهج القانونى فى الولايات المتحدة وفى جمهورية مصر العربية* ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ .
٥٣٢. ســـليمان الطماوى : *النظرية العامة للقرارات الإدارية* ، الطبعة الثالثة، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٥٣٣. ســليمان مرقص : *المدخل للعلوم القانونية* ، الطبعة الثالثة ، دار النشــر الجامعات المصرية ، ١٩٦١ .
٥٣٤. ســـمير الجنزورى : *الغرامة الجنائية ، مقارنة فى الطبيعة القانونية للغرامة وقيمتها العقابية* ، ١٩٦٧ .
٥٣٥. سمير تناغو : *النظرية العامة للقانون* ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٧٤.
٥٣٦. شــفيق شــحاته : *التاريخ العام للقانون فى مصــر القديمة والحديثة* ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٢.
٥٣٧. ----------- : *تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصــر منذ عهــد محمــد علــى* ، دار إحيــاء الكتــب العربيــة، ١٩٦١ .
٥٣٨. شمس الدين الوكيل: *المدخل لدراسة القانون– القاعدة القانونية*،١٩٦٢.

٥٣٩. صـــبحى المحمصـــانى : ***النظرية العامة للموجبات والعقود***، دار العلم للملاين ، بيروت ، ١٩٧٨ .
٥٤٠. ----------- : ***فلسفة التشريع الإسلامى*** ، الطبعة الخامسة ، دار العلم للملاين ، بيروت ، ١٩٨٠ .
٥٤١. طاهر حموده : ***دراســـة المعنى عند الأصـــوليين*** ،الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع .
٥٤٢. عبد الحى حجازى : ***المدخل لدراســـة العلوم القانونية*** ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .
٥٤٣. عبد الرءوف مهدى : ***شـــرح القواعد العامة لقانون العقوبات*** ، منشـــأة المعارف ، ١٩٨٣ .
٥٤٤. عبد الرازق السـنهورى ، أحمد حشـمت أبو سـتيت : ***أصـول القانون*** ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٤٦.
٥٤٥. عبد الفتاح حسن: ***التفويض في القانون الإدارى وعلم الإدارة العامة***.
٥٤٦. عبد الفتاح عبد الباقى : ***نظرية القانون*** ، الطبعة الرابعة ، مطابع دار الكتاب العربى ، ١٩٦٥.
٥٤٧. عبد الفتاح مصطفى الصيفى : ***القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضـــوء الفقه الجنائى المعاصـــر***، دار النهضـــة العربية، ١٩٦٧ .
٥٤٨. ----------- : ***شـــرح قانون العقوبات الليبى ، القســـم الخاص جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال***، طبعة بيروت ، ١٩٧٣.
٥٤٩. ----------- : ***قانون العقوبات اللبنانى ، جرائم الاعتداء على أموال الدولة*** ، بيروت ١٩٧٣.
٥٥٠. عبد اللطيف عبد الله البرزنجى : ***التعـارض والترجيح*** ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ .
٥٥١. عبد المنعم البدراوى : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، ١٩٦٦.
٥٥٢. ----------- : ***مبادئ القانون*** ، ١٩٧٠ .
٥٥٣. عبد الناصـــر توفيق العطار : **تطبيق الشـــريعة الإســـلامية فى العالم الإسلامى** ، مطبعة السعادة .
٥٥٤. ----------- : ***نظرية القانون*** ، ١٩٧٠.
٥٥٥. عبد الودود يحى: ***دروس فى مبـادئ القـانون***، دار النهضـــة العربيـة، ١٩٧٧.
٥٥٦. عبد الوهاب حومد : ***دراســـات متعمقة فى الفقه الجنائى المقارن*** ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣.

٥٥٧. عبده حسن الزيات : ***المدخل لدراسة القانون*** ، مطبعة الجزيرة ، بغداد ، ١٩٣٧ .
٥٥٨. عثمان سعيد عثمان: ***استعمال الحق كسبب للإباحه*** ، القاهرة ، ١٩٦٨.
٥٥٩. على بدوى : ***الأحكام العامة فى القانون الجنائى*** ،١٩٣٨.
٥٦٠. على راشـــد : ***المدخل وأصـــول النظرية العامة فى القانون الجنائى*** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ،١٩٧٤.
٥٦١. ----------- : ***المفهوم الاجتماعى للقانون الجنائى المعاصـــر*** ، بغداد ، ١٩٦٨.
٥٦٢. ----------- : ***مبادئ القانون الجنائى ، نظرية القانون الجنائى***، مكتبة وهبة .
٥٦٣. ----------- : ***موجز القانون الجنائى*** ، ١٩٥٥ .
٥٦٤. ----------- : ***نظرية القانون الجنائى الاجتماعى والمفهوم الاجتماعى للقـانون الجنـائى المعاصـــر*** ، بغداد ، ١٩٦٧- ١٩٦٨.
٥٦٥. على راشد ، يسرى أنور على: ***شرح النظريات العامة للقانون الجنائى***، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.
٥٦٦. عوض محمد عوض : ***الجانى والمجنى عليه فى جريمة المواقعة***، بنى غازى .
٥٦٧. ----------- : ***دراســات فى الفقه الجنائى الإســلامى***، الإســكندرية ، ١٩٧٧ .
٥٦٨. ----------- : ***قانون العقوبات القســم العام*** ، مؤســســة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٨٣ .
٥٦٩. ----------- : ***مهمة المشرع العربى فى ضوء النصوص الدستورية التى تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع*** .
٥٧٠. ----------- : ***القســم الخــاص جرائم الأشــخــاص والأموال*** ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤ .
٥٧١. مأمون ســلامة: ***حدود ســلطة القاضـــى الجنائى فى تطبيق القانون***، ١٩٧٥.
٥٧٢. ----------- : ***قانون العقوبـات ، القســـم العـام*** ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٤.
٥٧٣. ماهر أبو العينين : ***دور القاضى فى تفسير تطبيق التشريع ، الانحراف التشريعى والرقابة على دستورية*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .

٥٧٤. محمد إبراهيم زيد : ***قانون العقوبات المقارن ، القسم الخاص*** ، الإسكندرية ، ١٩٧٤.
٥٧٥. محمد المصرى، عبد الحميد الشواربى: ***دستورية القوانين فى ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا***، ١٩٧٩ – ١٩٨٥.
٥٧٦. محمد حامد فهمى : ***النقض فى المواد المدنية والتجارية*** ، ١٩٧٣ .
٥٧٧. محمد حمد الهوشان : ***مقدمة دراسة علم الأنشطة*** ، الطبعة الأولى ، جامعة الرياض ، ١٩٧٥ .
٥٧٨. ----------- : ***قانون العقوبات القسم العام*** ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ .
٥٧٩. محمد سليم العوا : ***تفسير النصوص الجنائية*** ، دراسة مقارنة ، دار عكاظ للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٨.
٥٨٠. محمد على عرفة : ***مبادئ العلوم القانونية*** ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٦.
٥٨١. محمد على عمران، وحسين النورى: ***مبادئ العلوم القانونية***، ١٩٨٩.
٥٨٢. محمد كامل مرسى ، سيد مصطفى : ***أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصرى وبعض القوانين الأخرى*** ، ١٩٢٣.
٥٨٣. محمد محمد عصفور : ***مذاهب المحكمة الإدارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع*** ، ١٩٥٧.
٥٨٤. محمد محمد منصور سلطان : ***وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية***.
٥٨٥. محمد وجدى عبد الصمد: ***الاعتذار بالجهل بالقانون***، عالم الكتب، ١٩٧٢.
٥٨٦. محمود إبراهيم إسماعيل : ***شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات*** ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربى ، ١٩٥٩.
٥٨٧. ----------- : ***شرح قانون العقوبات المصرى فى جرائم الاعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير*** ، الطبعة الثالثة .
٥٨٨. محمود جمال الدين زكى : ***دروس فى مقدمة الدراسات القانونية*** ، دار مطابع الشعب ، ١٩٦٤.
٥٨٩. محمود محمود مصطفى : ***شرح قانون العقوبات ، القسم العام*** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ .
٥٩٠. -----------: ***الجرائم الاقتصادية***، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٦٣.

٥٩١. محمود نجيب حسنى : ***الجرائم المضرة بالمصلحة العامة*** ، القسم العام ، ١٩٧٧.
٥٩٢. ----------- : ***النظرية العامة للقصد الجنائى*** ، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوى فى الجرائم العمدية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨.
٥٩٣. ----------- : ***شرح قانون الإجراءات الجنائية ، القسم العام*** . الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨.
٥٩٤. ----------- : ***شرح قانون العقوبات ، القسم العام*** . الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩.
٥٩٥. ----------- : ***شرح قانون العقوبات اللبنانى ، القسم العام*** ، بيروت ، الطبعة الثانية، ١٩٧٥.
٥٩٦. مصطفى مجدى هرجة : ***التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء*** ، الطبعة الثانية .
٥٩٧. منصور مصطفى منصور : ***المدخل للعلوم القانونية*** ، نظرية القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة .
٥٩٨. نعمان خليل جمعة: ***المدخل لدراسة القانون***، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
٥٩٩. نعيم عطية : ***النظرية العامة للحريات الفردية*** ، ١٩٦٤.
٦٠٠. هشام القاسم : ***المدخل إلى علم الحقوق***، مطبعة الإنشاء، دمشق، ١٩٦٥.
٦٠١. هلالى عبد اللاه أحمد : ***شرح قانون العقوبات ، القسم العام*** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
٦٠٢. ----------- : ***هل تسبيب الأحكام فى المواجد الجنائية لزوم ما لا يلزم ؟*** ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ .
٦٠٣. يسرى أنور على : ***شرح النظريات العامة للقانون الجنائى*** ، الكتاب الأول، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧.

<u>ز - الرسائل العلمية :</u>

٦٠٤. أحمد محمد خليفة : النظرية العامة للتجريم ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٩.
٦٠٥. حسن قرنى على خضر : التنصيص على الجريمة والعقاب فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالقانون الوضعى المصرى ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، فرع بنى سويف ، ١٩٩٣.

٦٠٦. رفاعى سيد سعد : تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، فرع بنى سويف ، الناشر لجنة المطبوعات بكلية الطب البيطرى ، جامعة القاهرة ،١٩٩٠.
٦٠٧. عادل عازر : النظرية العامة فى ظروف الجرائم ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، ١٩٦٦ .
٦٠٨. عمر الدسوقى أبو الحسين فضل: أسس الحكم فى المواد الجنائية، ***رسالة دكتوراه غير منشورة***، جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
٦٠٩. فهد بن عبد الهادى أبو الأجفان : الإجبار القانونى على المعارضة. ***رسالة ماجستير غير منشورة*** ، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية ، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ، ١٤٠٤ .
٦١٠. كمال الجوهرى : القصور التشريعى ، سلطة القاضى الجنائى ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة.***
٦١١. محمد أديب صالح : تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، طبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٤.
٦١٢. محمد زكى أبو عامر : ***شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى*** ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة .
٦١٣. محمد شريف أحمد : نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، مطبعة وزارة الأوقاف العراقية ، المكتبة الوطنية ، ببغداد ، ١٩٨٢.
٦١٤. محمد صبرى السعدى : تفسير النصوص فى القانون الخاص ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٧.
٦١٥. محمد محمد منصور: وظيفة محكمة النقض فى تفسير القاعدة القانونية الجنائية وتطبيقاتها ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، جامعة الإسكندرية .
٦١٦. مديحة على عبد الحافظ : الطرق المثبتة للعلة فى الوصف الجامع : ***رسالة ماجستير غير منشورة*** ، كلية البنات ، جامعة الأزهر ، ١٩٧٩.
٦١٧. مراد رشدى فريد : النظرية العامة للاختلاس ، ***رسالة دكتوراه غير منشورة*** ، القاهرة ، ١٩٧٦.

٦١٨. مصطفى جمال الدين : القياس حقيقة وحجيته ، ***رسالة ماجستير غير منشورة*** .

<u>ح - المقالات والدوريات :</u>

٦١٩. إبراهيم شحاتة : اجتهاد القاضى نظرة مقارنة ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، العدد الثانى ، السنة الرابعة، يوليو١٩٦٢.
٦٢٠. أحمد حشمت أبو ستيت : أبحاث فى أصول القوانين ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، السنة الخامسة ، العدد السادس،١٩٣٥.
٦٢١. أحمد كمال أبو المجد : الدور الإنشائى للقضاء الإدارى بين الواقعية الشكلية والمذاهب الموضوعية فى القانون، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، ١٩٦٢.
٦٢٢. ثروت أنيس الأسيوطى : المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية، ***مجلة مصر المعاصرة*** ، يناير ١٩٦٩ .
٦٢٣. جلال العدوى : القانون والاجتماع الإنسانى ، ***مجلة كلية الحقوق*** ، جامعة الإسكندرية، السنة ١٥، العددان الثالث والرابع ، ١٩٧٠ .
٦٢٤. جلال ثروت : مشكلة المنهج فى قانون العقوبات ، ***مجلة الحقوق*** ، السنة١٣، العددان الأول والثانى ، ١٩٦٣-١٩٦٤.
٦٢٥. حسنين عبيد : فكرة المصلحة فى قانون العقوبات ، ***المجلة الجنائية القومية*** ، النظرية العامة للظروف المخففة ، المجلد السابع عشر ، العدد السابع عشر ، العدد الثانى ، يوليو ١٩٧٤.
٦٢٦. رمسيس بنهام : فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية فى النظرية العامة للتجريم والعقاب ، ***مجلة الحقوق*** ، جامعة الإسكندرية ١٩٥٢ – ١٩٥٤ .
٦٢٧. عادل عازر : مفهوم المصلحة القانونية، ***المجلة الجنائية القومية*** ، المجلد الخامس، العدد الثالث ، نوفمبر، ١٩٧٢.
٦٢٨. عبد الأحد جمال الدين : تفسير النصوص الجنائية ، ***مجلة الأمن العام***، العدد ٨١ .

٦٢٩. ----------- : الشـرعية الجنائية ، ***مجلة العلوم القانونية*** ، السـنة ١٦، العدد الثانى ، يوليو ١٩٧٤ .
٦٣٠. عبد الحميد متولى : مصـادر الأحكام الدسـتورية فى الشـريعة ، ***مجلة الحقوق***، الإسـكندريـة، العـدد الأول والثـانى، ١٩٦١.
٦٣١. عبد الرازق السـنهورى : مخالفة التشـريع للدسـتور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، ***مجلة مجلس الدولة*** ، السنة الثالثة ، يناير ١٩٥٢
٦٣٢. عبد المنعم عبد العظيم جبرة: دور القاضـى فى وضـع القواعد القانونية، ***مجلـة العدالـة***، دولـة الإمـارات العربيـة المتحدة، عدد ١٩، السنة السادسة، نيسان ١٩٧.
٦٣٣. عبد الوهاب العشماوى: تفسير القضاء للنصوص بالتشريعات الجنائية، ***مجلة الأمن العام***، العدد ١٠٧، ١٩٨.
٦٣٤. عبد الوهاب خلاف : تفسير النصـوص الجنائية وتأويلها ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، السنة ١٨.
٦٣٥. على راشد : أهمية الدراسات الفلسفية فى القانون الجنائى ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، السنة ١٥ ، العدد الأول ، يناير ١٩٧٣ .
٦٣٦. عمر عبد الله : القياس والأدلة على أنه من الأدلة الشـرعية ، ***مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصـادية*** ، السـنة الثالثة، العدد الرابع ، أكتوبر - ديسمبر ١٩٤٨.
٦٣٧. عوض محمد عوض : القصـد الجنائى فى تزوير المحررات ، ***مجلة الحقوق*** ، العدد الثانى ،١٩٧٠ .
٦٣٨. فوزية عبد السـتار : النموذج القانونى للجريمة ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصـادية*** ، جامعة عين شمس ، العدد الأول ، السنة الرابعة عشر ، يناير ١٩٧.
٦٣٩. مأمون سـلامة : جرائم الموظفين ضـد الإدارة العامة فى ضـوء المنهج الغائى ، ***مجلة القانون والاقتصـاد*** ، العدد الأول، السنة ٣٩.
٦٤٠. محمد سـليم العوا : مبدأ الشـرعية فى القانون الجنائى المقارن ، ***المجلة العربيـة للدفـاع الاجتمـاعى*** ، المنظمـة العربيـة للدفاع الاجتماعى ضـد الجريمة ، العدد السـابع ، القاهرة ، ١٩٧٧ .

٦٤١. -----------: ***النظام السياسى للدولة الإسلامية***، الطبعة الثالثة، المكتب المصرى الحديث، القاهرة، ١٩٧٩.
٦٤٢. ----------- : ***خطة مقترحة لتوحيد التشريعات الجنائية العربية***، ورقة عمل أعدت بتكليف من المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة للعرض على المؤتمر الثانى لوزراء العدل العرب، ١٩٧٩.
٦٤٣. ----------- : ***أصول النظام الجنائى الإسلامى*** ، دار المعارف، القاهرة ، ١٩٧٩
٦٤٤. محمد مصطفى شلبى : الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ،***مجلة الحقوق*** ، العددان الأول والثانى ، السنة التاسعة، ١٩٥٩ ـ ١٩٦٠.
٦٤٥. محمد نور فرحات : الوضعية والفصل بين القانون والأخلاق ، ***مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*** ، ١٩٦٧.
٦٤٦. محمد وجدى عبد الحق : محكمة النقض ، ***مجلة القضاء*** ، يناير - يونيو ١٩٨٤.
٦٤٧. محمد وجدى عبد الصمد : العلاج النفسى فى القانون ، ***المجموعة الرسمية*** ، السنة ٦١.
٦٤٨. محمود عاطف البنا : الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، ١٩٧٨.
٦٤٩. محمود نجيب حسنى : ***مجلة القانون والاقتصاد*** ، عدد خاص ، العيد المئوى لكلية الحقوق ، ١٩٨٣ .
٦٥٠. مصطفى فرغلى الشقيرى : القضاء المصرى وقضية تطبيق الشريعة الإسلامية ، ***مجلة القضاة*** ، السنة الثالثة ، العددان الثالث والرابع ، مارس - إبريل ١٩٨.

ثانياً : قائمة مراجع باللغة الإنجليزية:

A - Books:

١. Ali, Mohamed Mohamed Yunis, ***Medieval Islamic Pragmatics, Richmond:*** Curzon Press, ٢٠٠٠.

٢. Allen, Sir C.K., ***Law in the Making***, ٧th ed., Oxford U.P., London, ١٩٧٥.

٣. Barton, Ellen L., ***Nonsentential Constituents: A Theory of Grammatical Structure and Pragmatic Interpretation***, Amsterdam: John Benjamins, ١٩٩٠.

٤. Craies, ***On Statute Law***, (Editor, Edgar,S.G.G.), ٦th ed., Sweet & Maxwell,London,١٩٦٣.

٥. Cross & Jones, ***Introduction to Criminal Law***, ٤th ed., I, ١٩٦٨. Stefani, G. et Levasseur,G., ***Droit Pénal Géneral***, Dalloz, ١٩٧٨.

٦. Cross, Sir R., ***Statutory*** **Interpretation,** Butterworths, London, ١٩٧٦.

٧. Dias, R.M.W., ***Jurisprudence***, ٤th ed., Butterworth, London, ١٩٧٦.

٨. Farrar, J., ***Introduction to Legal Method***, Sweet & Maxwell, London, ١٩٧٧.

٩. Glanville, Williams, ***Learning the Law***, ٧th ed., Sweet & Maxwell, London, ١٩٦٣.

١٠. Gleave, R. and E. Kermeli. Eds., ***Islamic Law: Theory and Practice***, London:I.B. Tauris, ١٩٩٧.

١١. Love & Scott, ***Model Penal Code***, USAMacCormic, Neil, ***Legal Reasoning and Legal Theory***, ed. H.L.A. Hart. Oxford: Oxford U.P., ١٩٧٨.

١٢. Maclean, Ian, ***Interpretation and Meaning in the Renaissance***: ***The Case of Law***, Cambridge: Cambridge U. P., ١٩٩٢.
١٣. Marmor, Andrei, ***Interpretation and Legal Theory***, Oxford: Clarendon Press,١٩٩٢.
١٤. Pound, Rosco, ***An Introduction to the Philosophy of Law***, Yale U.P., ١٩٧٤.
١٥. Rosenfeld, Michel, ***Just Interpretations: Law between Ethics and Politics,*** Berkeley:University of California Press, ١٩٩٨.
١٦. Salmond, J., ***On Jurisprudence***, (Editor, Fitzgerald, P.L.), ١٢th ed., London, ١٩٧٥.
١٧. Scalia, Antonin et al., ***A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law***, ed. Amy Gutmann. New Jersey: U.P., ١٩٩٧.
١٨. Thornton, G.C., ***Legislative Drafting***, ٢nd ed., Butterworths, London, ١٩٧٩.
١٩. Truhee, Frank Jerame, ***Law and The Modern Mind***,, ١٩٧٠.

ثالثاً : قائمة مراجع باللغة الفرنسية:

A - Ouvrages Généraux:

١. Bouzat, P. et Pinatel, J., ***Traité de Droit Pénal et de Criminologie***, T.I., ***Droit Pénal Général***, Paris, ١٩٧٠.

٢. Donnedieu de Vabres, Henri, ***Droit Criminel, Petit Précis***, Dalloz, ١٩٥٣.

٣. Donnedieu de Vabres, Henri, ***La Politique Criminel des Etats Autoritaures,***١٩٣٨.

٤. Donnedieu de Vabres, Henri, ***Traité de Droit Criminel et de Legislation Pénale Comparée***,١٩٤٧.

٥. Garraud, René, ***Traite Theorique et Pratique du Droit Pénal Français***, ١٩١٣.

٦. Geny, François, ***Méthodes D'interprétation de Droit Privé Positif et Ses Sources***.

٧. Ghestin, Jaques et Goubeaux, Gilles, ***Traité de Droit Civil, Introduction Générale***,١٩٧٧.

٨. Haba, Enrique-Pedro, ***Langage Juridique et Interprétation Générale***, these, Paris,١٩٧٧.

٩. Harrison, J.B., ***Le Juge Createur du Droit Aux Etats Unis***.

١٠. Larguier, Jean, ***Droit Pénal Général et Procédure Pénale***, Dalloz, ١٩٧٠.

١١. Merle, R. et Vitu, A, ***Traité de Droit Criminel, Problèmes Généraux de la Science Criminelle, Droit Pénal Général***,١٩٧٣.

١٢. Montesquieu, ***L'Esprit des Lois,*** Livre I, ch III.

١٣. Soyer, Jean-Claude, ***Manuel de Droit Pénal ed de Procedure Pénale***, ١٩٨٧.

١٤. Stefani, G., ***Quelques Aspects de L'autonomie du Droit Pénal***, Paris, ١٩٥٦.
١٥. Vidal, George et Magnol, Joseph, ***Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiare***, T. II.

B - Articles:

١. Puech, Marc, ***Droit Pénal Général***, Paris,١٩٨٨.
٢. Ancel, Marc, "A propos de quelques discussions récentes sur la règle '*nulla poena*
٣. Combaldieu, R., "A propos d'un conflit entre la 'raison' et l'interprétation .
٤. Delogue,Tulio, ***Les Causes de Justification***, Le Caire, ١٩٥٢.
٥. Florian, E., "L'analogie source de droit pénal." ***Revue Inter.***, ١٩٣٨.
٦. Garçon, Émile, ***Code Pénal Annoté***, ١٩٥٢.
٧. Pradel, Jean, "Introduction", ***Droit Pénal Général***, ١٩٨٤.
٨. restrictive en droit pénal." ***Revue Sc. Crim.***, ١٩٦٥.
٩. Rigaux et Tissier, "Le problème de qualification." ***Rev. de Droit Pénal et de la Criminologie***, ١٩٥٤.
١٠. *sine lege*.' ***Revue Sc. Crim.***, ١٩٣٧.

رابعاً : قائمة مراجع باللغة الإيطالية[١]:

A- Livres:

١. Baratta. ***Positivismo Giuridico e Scienza di Diritto Penale***. Milano, ١٩٦٦.
٢. Boscarelli. ***Analogia e Interpretazione Estensiva in Diritto Penale***. Palermo, ١٩٥٥.
٣. Ferri, Enrico. ***Sociologia Criminale.***
٤. Grispigni. ***Diritto Penale Italiano***. I.
٥. Ranieri, Silvio. ***Manuale di Diritto Penale***. Parte Generale. Vol. I. Padova, ١٩٥٦.

B - Articles:

١. Antolisie, Francesco. ***Manuele di Diritto Penale.*** ٤[a] Edizione. Milano, ١٩٦٠.
٢. Aubert, Jean-Luc, ***Introduction au Droit***, ٣e edition. (Rif ٥٤٠)
٣. Bettiol. ***Aspectti Politici del Diritto Penale Contemporaneo***. ١٩٥٣.
٤. Bettiol. ***Il Problema Penale.*** Pallermo, ١٩٤٨.
٥. Bobbio. "L'analogie e il diritto penale" in ***Riv. Pen.*** ١٩٣٨.
٦. Bonnecase, ***Introduction à Létude du Droit***, ٢e edition, Siery, ١٩٣١.
٧. Bonnecase, ***L'école de Lexégèse en Droit Civil***.
٨. Carnelutti, Francesco. ***Teoria Generale del Reato***. Padova, ١٩٣٣.
٩. Cavallo. ***Diritto Penale Italiano***. Vol III, ١٩٥٩.
١٠. et leur application en droit pénal Suisse." ***Revue Pén. Suisse***, ١٩٥٤.

---

[١] هذه المراجع لم أطلع عليها مباشرة وإنما أشير إليها لأهميتها لموضوع الدراسة ، وجميعها مشار إليه في مؤلف أستاذنا الدكتور مامون سلامة ، **حدود سلطة القاضى الجنائى** .

١١. Graven, Jean, “L’analogie en droit penal Suisse.” ***Revue Sc. Crim.***, ١٩٥٤.
١٢. Graven, Jean, “Les principes de la légalité, de l’analogie et de l’interprétation.
١٣. Gray, J.C., ***The Nature and Sources of Law***, London, ١٩٢١.
١٤. Guarneri, G. ***Diritto Penale e Influenza Civilistiche***. Bocca, ١٩٤٧.
١٥. Jiminez de Asuà. “Il principio ‘nullum crimen sine leg’e il problema Del’analogia” in ***Guis. Pen***. ١ ed., ١٩٣٦.
١٦. Legros, Robert, “Considération sur les lacunes et l’interprétation en droit penal. ***Rev. de Droit Pénal et de Crim.***, ١٩٦٦.
١٧. Leone. ***Instituzione di Diritto Processuale***. I, ١٩٦٥.
١٨. Luis, Jimenez, “ L’analogie en droit pénal.” ***Revue Sc. Crim.***, ١٩٤٩.
١٩. Maggiore, Giuseppe. ***Diritto Penale***. Parte Generale. Bologna, ١٩٥٨.
٢٠. Moro, Aldo. ***La Subbiettivazione della Norma Penale***. ١٩٤٢.
٢١. Nuvolone, I. ***Limiti Taciti della Norma Penale***. ١٩٤٧.
٢٢. Pagliaro. ***Il Fatto del Reato***. Palermo, ١٩٦٠.
٢٣. Pannain. ***La Struttura del Reato***. Milano, ١٩٥٨.
٢٤. Petrocelli, Biagio. ***La Colpevolezza*** . ٣a edizione. Padova, ١٩٦٢.
٢٥. Recanati, François, “The Pragmatics of What Is Said,” ***Pragmatics: A Reader***.Davis.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات